

N° 70

SÉNAT

SESSION ORDINAIRE DE 2010-2011

Enregistré à la Présidence du Sénat le 27 octobre 2010

PROJET DE LOI

*relatif au **contrôle des importations et des exportations de matériels de guerre et de matériels assimilés, à la simplification des transferts des produits liés à la défense dans l'Union européenne et aux marchés de défense et de sécurité,***

PRÉSENTÉ

au nom de M. François FILLON,

Premier ministre

Par M. Hervé MORIN,

ministre de la défense

(Envoyé à la commission des affaires étrangères, de la défense et des forces armées, sous réserve de la constitution éventuelle d'une commission spéciale dans les conditions prévues par le Règlement.)

EXPOSÉ DES MOTIFS

Madame, Monsieur,

La directive 2009/43/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 mai 2009 simplifiant les conditions des transferts de produits liés à la défense dans la Communauté et la directive 2009/81/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 relative à la coordination des procédures de passation de certains marchés de travaux, de fournitures et de services par des pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices dans les domaines de la défense et de la sécurité, et modifiant les directives 2004/17/CE et 2004/18/CE, sont complémentaires : elles ont été négociées simultanément et elles poursuivent le même objectif d'accroissement de la sécurité des approvisionnements dans le cadre d'un marché européen de la défense.

Les délais de transposition de ces deux directives sont similaires : la transposition de la directive 2009/43/CE doit être effective au plus tard le 30 juin 2011 (article 18 de la directive) ; le délai de transposition de la directive 2009/81/CE est fixé au 20 août 2011 (article 72 de la directive).

Dans ce contexte, il est opportun de joindre en un seul texte les dispositions législatives nécessaires à la transposition des deux directives. La transposition dans un texte commun répond en effet au double objectif de lisibilité du droit et de limitation de l'inflation législative.

1. - Dispositions relatives au contrôle des importations et des exportations de matériels de guerre et de matériels assimilés, à la simplification des transferts de ces matériels dans l'Union européenne

La construction de l'Europe de la défense passe notamment par la mise en place d'un marché intérieur des produits de défense, qui doit se caractériser par des échanges plus fluides et des modalités de contrôle par les États harmonisées, contribuant ainsi au renforcement de la base industrielle et technologique de défense européenne et à la sécurité des approvisionnements.

Dans cette optique, le présent projet de loi vise à transposer en droit interne la directive 2009/43/CE du 6 mai 2009 qui facilite les échanges sur le territoire de l'Union européenne. L'occasion est également donnée de rénover le dispositif de contrôle des importations et exportations qui repose sur des principes datant de 1939.

Il s'agit de mettre en place, dans toutes ses dimensions, un marché européen des équipements de défense, de réduire, pour les entreprises concernées, les incertitudes juridiques liées à l'actuelle hétérogénéité des régimes nationaux - dont les procédures de contrôle, les champs d'application et les délais d'autorisation sont différents - et de garantir aux États membres, pour faire face à leurs besoins opérationnels, la sécurité d'un approvisionnement d'origine européenne.

La règle de base, s'agissant des transferts intracommunautaires, sera celle d'une liberté encadrée du commerce et de l'industrie. Le cadre juridique, harmonisé, reposera toujours sur un dispositif de contrôle. Celui-ci sera, désormais, fondé sur trois types de licences de transfert. Il n'y aura donc plus d'autorisations d'importation et de transit en intracommunautaire. Un mécanisme de certification pour les entreprises fiables qui le souhaiteront et l'instauration d'un contrôle *a posteriori*, que rendra possible l'harmonisation des procédures de transferts intracommunautaires, seront institués.

Le dispositif de contrôle des importations et des exportations hors du territoire de l'Union européenne restera, pour sa part, fondé sur le principe de prohibition, mais il connaîtra une simplification.

En effet, l'actuel système de double autorisation – agrément préalable pour négocier et signer un contrat d'une part, autorisation d'exportation d'autre part – sera remplacé par une licence unique, qui fusionne les deux autorisations actuelles.

Il sera créé une licence générale d'exportation, utilisable à destination de pays jugés suffisamment sûrs et limitativement désignés par un arrêté.

Un dispositif de contrôle *a posteriori* sera développé.

Parallèlement, un haut niveau de sécurité sera maintenu, car toute autorisation pourra être suspendue, modifiée, abrogée ou retirée, notamment dans le cas d'un brusque changement du contexte international.

L'**article 1^{er}** du projet de loi réécrit, tout d'abord, plus clairement les dispositions du code de la défense relatives aux importations et aux exportations hors du territoire de l'Union européenne.

Il institue une licence d'exportation, autorisation préalable qui pourra revêtir les trois formes suivantes : générale, globale ou individuelle.

Il fixe les obligations que devront respecter les exportateurs, notamment celles liées à la primo-utilisation d'une licence générale, à la tenue de registres retraçant leurs opérations commerciales et au respect des restrictions à l'exportation.

Par ailleurs, ce même article crée, aux côtés de la section « Importations et exportations hors de l'Union européenne », une section entièrement nouvelle du code de la défense, consacrée aux « Transferts au sein de l'Union européenne ».

Il définit certains termes utilisés par la directive du 6 mai 2009, désormais introduits dans le droit national.

Il institue une licence de transfert, autorisation préalable qui pourra revêtir l'une de ces trois formes : générale, globale ou individuelle.

Il introduit dans la loi la possibilité, évoquée ci-dessus, de suspendre, modifier, abroger ou retirer une autorisation.

Il énonce les cas de dérogation à l'obligation d'autorisation préalable.

Il fixe les obligations des fournisseurs et des destinataires de matériels transférés.

Il met en place le régime de la certification des entreprises.

Il prévoit une procédure spécifique de transfert pour des situations d'ores et déjà couvertes par d'autres directives européennes et traduites en droit interne.

Enfin, il crée un dispositif d'autorisation préalable pour les transferts des satellites et des fusées et lanceurs spatiaux, calqué dans son fonctionnement sur celui des licences de transferts, mais fondé sur les dispositions de l'article 346 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE).

L'**article 2** modifie à droit constant les articles L. 2331-1 et L. 2352-1 du code de la défense pour tirer les conséquences rédactionnelles du nouveau régime des transferts intracommunautaires.

Il étend en outre les contrôles exercés par le ministère de la défense aux titulaires de licences d'exportation et de transfert.

L'**article 3** détermine les sanctions pénales s'appliquant aux manquements aux obligations instituées par la loi.

Trois familles de peines délictuelles sont instituées, selon leur degré de gravité :

- au nouvel article L. 2339-11-1, celles qui sanctionnent (cinq ans d'emprisonnement et 75 000 € d'amende) le non-respect de l'autorisation, des conditions de cette autorisation et des obligations en matière de contrôle *a posteriori*, les sanctions du code des douanes restant applicables ;

- au nouvel article L. 2339-11-2, celles qui sanctionnent (trois ans d'emprisonnement et 45 000 € d'amende) les manquements à de nouvelles obligations juridiques, telles que la réexportation, l'information des clients et la certification ;

- enfin, au nouvel article L. 2339-11-3, figurent les peines (15 000 € d'amende) sanctionnant le non-respect de formalités administratives qui incombent aux fournisseurs.

L'**article 4** réforme le code des douanes en supprimant son article 2 *ter* qui prévoyait des formalités douanières incompatibles avec les transferts intracommunautaires de matériels de guerre et matériels assimilés. Il renforce par ailleurs les pouvoirs de recherche, de constatation et de sanction des infractions dont dispose l'administration des douanes.

2. - Dispositions relatives aux marchés de défense ou de sécurité

Jusqu'à présent, les marchés passés dans les domaines de la défense ou de la sécurité sont passés soit dans le cadre du marché intérieur, dans le champ d'application des directives 2004/17/CE et 2004/18/CE relatives à la passation des marchés publics, soit hors du cadre du marché intérieur, par application des dispositions de l'article 346 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), qui permet de se dispenser du respect des règles communautaires lorsque sont en jeu les intérêts essentiels de sécurité de l'État.

Les directives 2004/17/CE et 2004/18/CE ne sont pas adaptées aux spécificités des marchés publics de défense ou de sécurité. En effet, ces marchés sont particulièrement complexes et sensibles, et leur passation nécessite des précautions particulières. La grande majorité de ces marchés ont donc été, jusqu'à présent, passés en dehors des règles du marché

intérieur, par une application, parfois contestable, des dispositions de l'article 346 TFUE précité.

En introduisant un instrument juridique adapté aux spécificités des marchés publics de défense ou de sécurité, la directive 2009/81/CE aura donc pour effet d'ouvrir ces marchés à la concurrence européenne. Toutefois, chacun des États membres continuera de pouvoir recourir à l'article 346 TFUE lorsque même les dispositions issues de la directive 2009/81/CE ne seront pas suffisantes pour assurer la protection de ses intérêts essentiels de sécurité.

Les mesures législatives ont pour objet, non seulement de transposer les dispositions de la directive 2009/81/CE, mais également d'utiliser toutes les marges de manœuvre qu'offre la directive, dans le but d'accroître l'efficacité des marchés passés dans les domaines de la sécurité ou de la défense.

L'article 5 du projet de loi modifie l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics.

La directive 2009/81/CE est dotée du même champ d'application que les directives 2004/17/CE et 2004/18/CE. Son champ d'application organique couvre donc en droit national à la fois les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices soumis au code des marchés publics et les pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices soumis à l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics.

L'essentiel de la transposition se fera dans le code des marchés publics, qui est un texte de niveau réglementaire. En effet, le code des marchés publics régit notamment la passation et l'exécution des marchés de l'État et de ses établissements publics administratifs. Les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices de l'ordonnance du 6 juin 2005 précitée, par exemple la Banque de France, la Caisse des dépôts et consignations ou encore EDF, auront la possibilité de se soumettre volontairement au code des marchés publics pour bénéficier des dispositions adaptées.

En conséquence, l'article 5 modifie l'ordonnance du 6 juin 2005 précitée de la manière suivante.

Une définition législative des marchés de défense ou de sécurité est introduite. L'introduction de cette définition dans un texte de niveau

législatif permet à d'autres dispositions législatives de s'y référer, à l'instar des dispositions de l'article L. 551-2 du code de justice administrative, tel qu'il sera modifié par le présent projet de loi.

Afin que les entités adjudicatrices de l'ordonnance, à l'instar de ce qui existe déjà pour les pouvoirs adjudicateurs, puissent bénéficier des dispositions introduites par la directive 2009/81/CE pour leurs marchés de défense ou de sécurité, il est indiqué à l'article 4 de l'ordonnance que celles-ci peuvent se soumettre aux règles du code des marchés publics. De plus, il est précisé dans les articles 3 et 4 de l'ordonnance que les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices peuvent se soumettre à ces règles, soit pour la passation de leurs marchés, soit pour leur exécution, soit les deux.

Les directives communautaires prévoient des cas dans lesquels les acheteurs publics peuvent se dispenser de toutes procédures - ce sont les « exclusions ». Ces exclusions sont pour parties communes aux trois directives, pour parties propres à chacune d'elle. L'article 7 de l'ordonnance est modifié en conséquence. Les exclusions communes aux trois directives sont ajustées, dans leur rédaction, par souci de clarté et de cohérence et les exclusions propres à la directive 2009/81/CE sont introduites dans l'ordonnance. De cette manière, on évite que les acheteurs publics utilisent abusivement les exclusions propres aux marchés ordinaires pour leurs marchés de défense ou de sécurité. Et réciproquement, on permet à ces acheteurs, pour ces marchés, d'utiliser les nouvelles exclusions.

De nouvelles interdictions de soumissionner sont introduites à l'article 8 de l'ordonnance. Certaines, telles que celle liée au financement d'activités terroristes, sont imposées par la directive 2009/81/CE ; d'autres, telles que l'interdiction procédant d'une atteinte au secret professionnel, sont une option de la directive. La transposition est effectuée de deux manières. D'une part, par l'insertion de références à de nouvelles incriminations pénales qui emportent, lorsqu'elles ont été établies par le juge, interdiction automatique de soumissionner pendant cinq ans. D'autre part, par la création d'interdictions de soumissionner qui ne sont pas liées à une incrimination pénale. Ainsi, les acheteurs publics pourront désormais rejeter, en motivant leur décision et sous le contrôle du juge, les entreprises qui ont failli à leurs obligations de sécurité d'approvisionnement et d'information lors de la passation ou de l'exécution d'un marché précédent. De la même manière, ils pourront rejeter les entreprises qu'ils estiment manquer de fiabilité au regard des impératifs de la sécurité de l'État.

Un article 37-1 est créé afin d'ouvrir la possibilité au pouvoir adjudicateur, en application des dispositions de l'article 21.5 de la directive

2009/81/CE, de rejeter les opérateurs économiques tiers proposés par le titulaire aux fins de réalisation du marché, que ces opérateurs économiques soient qualifiés de sous-traitants ou non. Le rejet des sous-traitants était déjà possible en application de la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance. Le présent projet de loi complète le dispositif en ce qui concerne les fournisseurs. Les modalités d'application de cet article sont renvoyées à un décret en Conseil d'État.

Un article 37-2 est créé afin d'autoriser les pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices à fermer les marchés publics de défense ou de sécurité aux opérateurs économiques n'ayant pas la qualité de ressortissant de l'Union européenne. Il est en effet apparu nécessaire, compte tenu de la sensibilité inhérente à ce type de marché, notamment au regard de la sécurité de l'approvisionnement et de la confidentialité des informations, que les pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices puissent prendre des mesures permettant de concilier les nouvelles règles issues du marché intérieur et la légitime protection des intérêts de défense et de sécurité des États membres de l'Union européenne. Les modalités d'application de cet article sont renvoyées à un décret en Conseil d'État.

L'article 38 est modifié pour rendre applicable les articles 37-1 et 37-2 aux personnes soumises au code des marchés publics. Insérés dans l'ordonnance du 6 juin 2005 précitée, ces articles ne sont applicables, par eux-mêmes, qu'aux personnes soumises à cette ordonnance. Afin que les personnes soumises au code des marchés publics aient également la possibilité de rejeter non seulement les sous-traitants, mais aussi les fournisseurs proposés par le titulaire du marché pour leurs marchés de défense ou de sécurité et la possibilité d'autoriser ou non des opérateurs économiques n'ayant pas la qualité de ressortissant de l'Union européenne à participer à une procédure de passation de marchés publics de défense ou de sécurité, il est nécessaire de leur rendre applicable les articles 37-1 et 37-2. Le 8° de l'article 5 du projet de loi étend par conséquent le champ d'application organique des dispositions des articles 37-1 et 37-2 aux personnes soumises au code des marchés publics.

L'**article 6** du projet de loi transpose les dispositions de la directive 2009/81/CE relatives aux procédures de recours. Conformément aux dispositions de la directive, les modifications introduites dans le code de justice administrative (CJA) :

- dans le cadre du référé précontractuel, retirent au juge ses pouvoirs directs d'annulation des procédures en cours, au profit de pouvoirs d'injonction et d'astreinte ; l'article L. 551-2 du CJA est modifié en ce sens ;

- dans le cadre du référé contractuel, précisent que le juge ne peut prononcer la nullité du contrat lorsque cette « mesure menacerait sérieusement l'existence même d'un programme de défense ou de sécurité plus large qui est essentiel pour les intérêts de sécurité de l'État » ; il lui appartient, dans ce cas, de choisir entre les différentes sanctions de substitution prévues au premier alinéa de l'article L. 551-19 du CJA ; l'article L. 551-19 du CJA est modifié en ce sens.

3. - Dispositions diverses et transitoires

L'**article 7** règle le cas des « stocks » d'agrément préalable et d'autorisations d'exportation de matériels de guerre délivrés avant la date d'entrée en vigueur de la loi.

L'**article 8** prévoit un dispositif transitoire pour les licences, tant individuelles que globales, d'exportation et de transfert d'armements.

Pendant trois années au plus, perdurera le système de double autorisation, avec délivrance d'un agrément préalable avant celle de l'autorisation d'exportation. Ce dispositif transitoire, lié à la nécessaire adaptation du système d'information interministériel des exportations, est compatible avec la directive 2009/43/CE.

L'**article 9** précise la date d'entrée en vigueur des deux articles du présent projet qui concernent la transposition de la directive 2009/81/CE relative aux marchés de défense et de sécurité.

Il précise en outre la date d'entrée en vigueur des dispositions de l'article 4 qui modifie le code des douanes ainsi que des articles 5 et 6.

L'**article 10** indique, enfin, les conditions géographiques d'application de l'ensemble des dispositions du projet de loi, en particulier dans les collectivités d'outre-mer.

PROJET DE LOI

Le Premier ministre,

Sur le rapport du ministre de la défense,

Vu l'article 39 de la Constitution,

Décète :

Le présent projet de loi relatif au contrôle des importations et des exportations de matériels de guerre et de matériels assimilés, à la simplification des transferts des produits liés à la défense dans l'Union européenne et aux marchés de défense et de sécurité, délibéré en Conseil des ministres après avis du Conseil d'État, sera présenté au Sénat par le ministre de la défense, qui sera chargé d'en exposer les motifs et d'en soutenir la discussion.

CHAPITRE I^{ER}

Dispositions relatives au contrôle des importations et des exportations de matériels de guerre et de matériels assimilés et à la transposition de la directive 2009/43/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 mai 2009 simplifiant les conditions des transferts de produits liés à la défense dans la Communauté

Article 1^{er}

- ① I. – Il est inséré après l'article L. 2332-8 du code de la défense, un article L. 2332-8-1 ainsi rédigé :
- ② « *Art. L. 2332-8-1.* – Les canons d'arme de guerre fabriqués en France sont soumis à des épreuves constatées par l'application d'un poinçon. »
- ③ II. – Le chapitre V du titre III du livre III de la deuxième partie législative du code de la défense est remplacé par les dispositions suivantes :

④

« CHAPITRE V

⑤

« *Importations et exportations - Transferts au sein de l'Union européenne* »

⑥

« SECTION 1

⑦

« **Importations et exportations des matériels de guerre et matériels
« assimilés hors du territoire de l'Union européenne**

⑧

« SOUS-SECTION 1

⑨

« **Autorisations d'importation et dérogations**

⑩

« Art. L. 2335-1. – I. – L'importation sans autorisation préalable des matériels des 1^{ère}, 2^{ème}, 3^{ème}, 4^{ème}, 5^{ème} et 6^{ème} catégories mentionnés à l'article L. 2331-1 provenant des États non membres de l'Union européenne est prohibée.

⑪

« Un décret en Conseil d'État détermine les conditions dans lesquelles il peut être dérogé à cette prohibition et les conditions dans lesquelles une autorisation d'importation peut être délivrée.

⑫

« II. – Aucun des matériels des première ou quatrième catégories mentionnés à l'article L. 2331-1 dont l'importation en France est prohibée ne peut figurer dans une vente publique à moins d'avoir été au préalable rendu impropre à son usage normal.

⑬

« III. – Aucun importateur des matériels appartenant aux quatre premières catégories mentionnées à l'article L. 2331-1 ne peut obtenir une autorisation d'importation s'il n'est pas déjà titulaire de l'autorisation prévue au I de l'article L. 2332-1.

⑭

« Les personnes non titulaires de cette autorisation peuvent, à titre exceptionnel, demander à bénéficier d'une autorisation d'importation des matériels des quatre premières catégories dans des conditions définies par décret en Conseil d'État.

⑮

« IV. – L'autorité administrative peut à tout moment, dans les conditions fixées par décret en Conseil d'État, suspendre, modifier, abroger ou retirer les autorisations d'importation qu'elle a délivrées, pour des raisons de respect des engagements internationaux de la France, de protection des intérêts essentiels de sécurité, d'ordre public ou de sécurité publique, ou pour non respect des conditions spécifiées dans l'autorisation.

⑯

« SOUS-SECTION 2

⑰

« **Autorisations d'exportation et dérogations**

⑱

« Art. L. 2335-2. – L'exportation sans autorisation préalable de matériels de guerre et matériels assimilés vers des États non membres de l'Union européenne est prohibée.

⑲

« L'autorité administrative définit la liste de ces matériels de guerre et matériels assimilés soumis à autorisation préalable, ainsi que les dérogations à cette autorisation.

- ⑳ « *Art. L. 2335-3. – I. – L'autorisation préalable d'exportation, dénommée licence d'exportation, est accordée par l'autorité administrative, sous l'une des formes suivantes :*
- ㉑ « 1° Des arrêtés dénommés « licences générales d'exportation », comportant des listes de matériels autorisant directement tout exportateur établi en France remplissant certaines conditions définies par l'autorité administrative, à expédier ces matériels vers une ou plusieurs catégories de destinataires situés dans un État non membre de l'Union européenne ;
- ㉒ « 2° Des licences globales d'exportation, faisant l'objet d'une notification, autorisant, à sa demande, un exportateur établi en France à expédier des matériels de guerre et matériels assimilés spécifiques à un ou plusieurs destinataires identifiés, situés dans un État non membre de l'Union européenne, pour une durée déterminée, sans limite de quantité ni de montant ;
- ㉓ « 3° Des licences individuelles d'exportation, faisant l'objet d'une notification, autorisant, à sa demande, un exportateur établi en France à expédier, en une ou plusieurs fois, un ou plusieurs matériels de guerre et matériels assimilés à un destinataire situé dans un État non membre de l'Union européenne.
- ㉔ « Les licences d'exportation peuvent comporter des conditions ou des restrictions concernant l'utilisation finale de ces matériels.
- ㉕ « II. – Les licences générales d'exportation autorisent tout exportateur établi en France à effectuer des exportations de matériels de guerre et matériels assimilés, y compris toutes les opérations commerciales préalables.
- ㉖ « III. – Les licences globales et les licences individuelles d'exportation autorisent un exportateur établi en France à procéder à l'exportation de matériels de guerre et matériels assimilés y compris toutes les opérations commerciales préalables.
- ㉗ « IV. – Les opérations préalables mentionnées au II et au III comprennent la communication d'informations dans le cadre de la négociation d'un contrat, l'acceptation d'une commande ou la signature d'un contrat.
- ㉘ « À la demande de l'exportateur ou lorsque l'autorité administrative l'estime nécessaire, compte tenu de l'opération d'exportation, l'autorisation peut être limitée à la communication d'informations dans le cadre de la négociation d'un contrat, à l'acceptation d'une commande ou à la signature d'un contrat.
- ㉙ « V. – Aucun exportateur des matériels appartenant aux quatre premières catégories mentionnées à l'article L. 2331-1 ne peut

utiliser une licence générale d'exportation ou obtenir une licence globale ou individuelle d'exportation s'il n'est pas déjà titulaire de l'autorisation prévue au I de l'article L. 2332-1.

- ③⑩ « Les personnes non titulaires de cette autorisation peuvent, à titre exceptionnel, demander à bénéficier d'une licence générale, globale ou individuelle d'exportation des matériels des quatre premières catégories.
- ③⑪ « VI. – Les modalités d'application du présent article sont déterminées par décret en Conseil d'État.
- ③⑫ « *Art. L. 2335-4.* – L'autorité administrative peut à tout moment, dans les conditions fixées par un décret en Conseil d'État, suspendre, modifier, abroger ou retirer les licences d'exportation qu'elle a délivrées, pour des raisons de respect des engagements internationaux de la France, de protection des intérêts essentiels de sécurité, d'ordre public ou de sécurité publique, ou pour non respect des conditions spécifiées dans la licence.

③⑬ « *SOUS-SECTION 3*

③⑭ « ***Obligations des exportateurs et des importateurs***

- ③⑮ « *Art. L. 2335-5.* – Les exportateurs de matériels de guerre et matériels assimilés informent le ministre de la défense, dans un délai fixé par voie réglementaire, de leur intention d'utiliser une licence générale d'exportation pour la première fois.
- ③⑯ « Les exportateurs de matériels de guerre et matériels assimilés informent les destinataires des conditions dont est assortie la licence d'exportation, ainsi que, le cas échéant, des restrictions dont elle fait l'objet concernant l'utilisation finale de ces matériels ou leur réexportation. Ces conditions et restrictions doivent être reproduites dans le contrat ou dans tout acte liant les parties.
- ③⑰ « *Art. L. 2335-6.* – Les exportateurs de matériels de guerre et matériels assimilés tiennent, dans des conditions déterminées par l'autorité administrative, un registre des exportations qu'ils ont effectuées.
- ③⑱ « Le registre des exportations, ainsi que l'ensemble des documents commerciaux nécessaires à leur réalisation, sont conservés pendant dix ans à compter de la fin de l'année civile au cours de laquelle l'exportation a eu lieu.
- ③⑲ « Les exportateurs sont également tenus de transmettre à l'administration un compte rendu des prises de commande et des exportations effectuées. Les importateurs sont tenus de transmettre à l'administration un compte rendu des importations effectuées. L'autorité administrative définit le contenu de ce document, la périodicité de sa

transmission et la liste des catégories de matériels concernées par cette obligation.

- ④① « L'autorité administrative définit en outre les obligations spécifiques qui s'appliquent aux exportateurs sollicitant une licence globale d'exportation.
- ④② « Sans préjudice des compétences du ministre chargé des douanes, le ministre de la défense exerce le contrôle du respect des obligations définies ci-dessus.
- ④③ « Les modalités d'application du présent article sont déterminées par décret en Conseil d'État.
- ④④ « *Art. L. 2335-7.* – Lors du dépôt d'une demande de licence d'exportation, les exportateurs de matériels de guerre et matériels assimilés qu'ils ont reçus au titre d'une licence de transfert publiée ou notifiée par un autre État membre de l'Union Européenne et faisant l'objet de restrictions à l'exportation, déclarent à l'autorité administrative qu'ils ont respecté ces restrictions ou, le cas échéant, qu'ils ont obtenu l'accord de cet État membre. Les modalités de cette déclaration sont fixées par l'autorité administrative.

④⑤ « SECTION 2

④⑥ « *Transferts de produits liés à la défense au sein de l'Union européenne*

④⑦ « SOUS-SECTION 1

④⑧ « *Définitions*

- ④⑨ « *Art. L. 2335-8.* – On entend par « transfert » toute transmission ou mouvement de produits liés à la défense d'un fournisseur situé en France vers un destinataire situé dans un autre État membre de l'Union européenne ou d'un fournisseur situé dans un autre État membre vers un destinataire situé en France.
- ④⑩ « On entend par « fournisseur » la personne physique ou morale établie en France responsable d'un transfert.
- ④⑪ « On entend par « destinataire » la personne physique ou morale établie en France ou sur le territoire d'un autre État membre de l'Union européenne et qui est responsable de la réception d'un transfert.
- ④⑫ « On entend par « licence de transfert » une autorisation publiée ou notifiée par l'autorité administrative et permettant à un fournisseur établi en France de transférer des produits liés à la défense à un destinataire situé dans un État membre de l'Union européenne.

④⑬ « SOUS-SECTION 2

④⑭ « *Autorisations de transfert et dérogations*

- ⑤4 « *Art. L. 2335-9.* – Le transfert de produits liés à la défense effectué depuis la France vers les autres États membres de l’Union européenne est soumis à autorisation préalable mentionnée à l’article L. 2335-10.
- ⑤5 « L’autorité ministérielle compétente définit la liste des produits liés à la défense soumis à autorisation préalable conformément à l’annexe de la directive 2009/43/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 mai 2009 simplifiant les conditions des transferts de produits liés à la défense dans la Communauté.
- ⑤6 « *Art. L. 2335-10.* – I. – L’autorisation préalable de transfert, dénommée licence de transfert, est accordée par l’autorité administrative en tenant compte notamment de la sensibilité de l’opération ou de la catégorie d’opérations, sous l’une des formes suivantes :
- ⑤7 « 1° Des arrêtés dénommés « licences générales de transfert », comportant des listes de produits autorisant directement tout fournisseur établi en France à effectuer le transfert de ces produits, vers une ou plusieurs catégories de destinataires situés dans un autre État membre de l’Union européenne ;
- ⑤8 « 2° Des licences globales de transfert, faisant l’objet d’une notification, autorisant, à sa demande, un fournisseur établi en France, à effectuer des transferts de produits liés à la défense spécifiques à un ou plusieurs destinataires identifiés, situés dans un autre État membre de l’Union européenne, pour une durée déterminée sans limite de quantité ni de montant ;
- ⑤9 « 3° Des licences individuelles de transfert, faisant l’objet d’une notification, autorisant à la demande d’un fournisseur établi en France à effectuer le transfert en une ou plusieurs expéditions, d’un ou plusieurs produits liés à la défense, à un destinataire situé dans un autre État membre de l’Union européenne .
- ⑥0 « Les licences de transfert peuvent comporter des conditions ou des restrictions concernant l’utilisation finale de ces produits ou leur exportation hors du territoire de l’Union européenne.
- ⑥1 « II. – Les licences générales de transfert autorisent tout fournisseur à effectuer des transferts de produits liés à la défense y compris toutes les opérations commerciales préalables.
- ⑥2 « III. – Les licences globales et les licences individuelles de transfert autorisent un fournisseur à procéder au transfert de produits liés à la défense, y compris toutes les opérations commerciales préalables.
- ⑥3 « IV. – Les opérations préalables mentionnées au II et au III comprennent la communication d’informations dans le cadre de la

négociation d'un contrat, l'acceptation d'une commande ou la signature d'un contrat.

- ⑥4 « À la demande du fournisseur, ou lorsque l'autorité administrative l'estime nécessaire compte tenu de la nature des informations en cause, l'autorisation peut être limitée à la communication de certaines informations dans le cadre de la négociation d'un contrat, à l'acceptation d'une commande ou à la signature d'un contrat.
- ⑥5 « V. – Les licences de transfert publiées ou notifiées par un État membre de l'Union européenne autorisent l'entrée ou le passage par le territoire national, sous réserve de l'application de dispositions nécessitées par les exigences de la protection de la sécurité publique, de l'ordre public ou de la sécurité des transports.
- ⑥6 « VI. – Aucun fournisseur des matériels appartenant aux quatre premières catégories mentionnées à l'article L. 2331-1 ne peut utiliser une licence générale de transfert ou obtenir une licence globale ou individuelle de transfert s'il n'est pas déjà titulaire de l'autorisation prévue au I de l'article L. 2332-1.
- ⑥7 « Les personnes non titulaires de cette autorisation peuvent, à titre exceptionnel, demander à bénéficier d'une licence générale, globale ou individuelle de transfert des matériels des quatre premières catégories.
- ⑥8 « VII. – Les modalités d'application du présent article sont déterminées par décret en Conseil d'État.
- ⑥9 « *Art. L. 2335-11.* – L'autorité administrative peut accorder des dérogations à l'obligation d'autorisation préalable mentionnée à l'article L. 2335-10 lorsque :
- ⑦0 « 1° Le fournisseur ou le destinataire est une institution publique ou fait partie des forces armées ;
- ⑦1 « 2° Les livraisons sont effectuées par l'Union européenne, l'Organisation du traité de l'atlantique nord, l'Agence internationale de l'énergie atomique ou d'autres organisations intergouvernementales aux fins d'exécution de leur mission ;
- ⑦2 « 3° Le transfert est nécessaire pour la mise en œuvre d'un programme de coopération en matière d'armements entre États membres de l'Union européenne ;
- ⑦3 « 4° Le transfert est lié à l'aide humanitaire en cas de catastrophe ou réalisé en tant que don dans le contexte d'une situation d'urgence ;
- ⑦4 « 5° Le transfert est nécessaire dans le cadre d'opérations de réparation, d'entretien, d'exposition ou de démonstration.

⑦⑤ « *Art. L. 2335-12.* – L'autorité administrative peut à tout moment, dans les conditions fixées par décret en Conseil d'État, suspendre, modifier, abroger ou retirer les licences de transfert qu'elle a délivrées, pour des raisons de respect des engagements internationaux de la France, de protection des intérêts essentiels de sécurité, d'ordre public ou de sécurité publique, ou pour non respect des conditions spécifiées dans la licence.

⑦⑥

« *SOUS-SECTION 3*

⑦⑦

« *Obligations des fournisseurs et des destinataires*

⑦⑧ « *Art. L. 2335-13.* – Les fournisseurs de produits liés à la défense informent le ministre de la défense, dans un délai fixé par voie réglementaire, de leur intention d'utiliser une licence générale de transfert pour la première fois. L'autorité administrative peut exiger des informations supplémentaires sur les produits dont le transfert est envisagé.

⑦⑨ « Les fournisseurs de produits liés à la défense informent les destinataires des conditions dont est assortie la licence de transfert, ainsi que, le cas échéant, des restrictions dont elle fait l'objet concernant l'utilisation finale de ces produits ou leur exportation hors du territoire de l'Union européenne. Ces conditions et restrictions doivent être reproduites dans le contrat ou dans tout acte liant les parties.

⑧① « *Art. L. 2335-14.* – Les fournisseurs de produits liés à la défense tiennent, dans des conditions déterminées par l'autorité administrative, un registre des transferts qu'ils ont effectués.

⑧② « Le registre des transferts, ainsi que l'ensemble des documents commerciaux nécessaires à leur réalisation, sont conservés pendant dix ans à compter de la fin de l'année civile au cours de laquelle le transfert a eu lieu.

⑧③ « Les fournisseurs et les destinataires sont également tenus de transmettre à l'administration un compte rendu des prises de commande et des transferts effectués et reçus. L'autorité administrative définit le contenu de ce document, la périodicité de sa transmission et la liste des catégories de produits concernées par cette obligation.

⑧④ « Sans préjudice des compétences du ministre chargé des douanes, le ministre de la défense exerce le contrôle du respect des obligations définies ci-dessus.

⑧⑤ « Les modalités d'application du présent article sont déterminées par décret en Conseil d'État. Celui-ci fixe, en particulier, les informations qui doivent figurer dans le registre mentionné au premier alinéa du présent article.

⑧⑤ « *Art. L. 2335-15.* – Lorsque le transfert d'un produit en provenance d'un autre État membre de l'Union européenne est conditionné par cet État à la production d'une déclaration d'utilisation, le destinataire atteste que le produit lié à la défense qu'il acquiert doit être intégré dans ses propres produits et qu'il ne peut être ni transféré, ni exporté en l'état à partir du territoire français, sauf dans un but d'entretien ou de réparation.

⑧⑥ « *SOUS-SECTION 4*

⑧⑦ « ***Certification***

⑧⑧ « *Art. L. 2335-16.* – Les entreprises souhaitant être destinataires de produits liés à la défense transférés au titre des licences générales des autres États membres de l'Union européenne, sollicitent, auprès de l'autorité administrative, une certification attestant de leur fiabilité, notamment de leur capacité à appliquer les restrictions mentionnées au cinquième alinéa de l'article L. 2335-10.

⑧⑨ « Les critères de certification sont définis par décret en Conseil d'État.

⑨⑩ « *SOUS-SECTION 5*

⑨⑪ « ***Transferts soumis à une procédure spécifique***

⑨⑫ « *Art. L. 2335-17.* – I. – Pour le contrôle de l'acquisition et de la détention d'armes, de munitions et de leurs éléments, le transfert de certaines armes, munitions et leurs éléments acquis à titre personnel figurant sur une liste fixée par décret en Conseil d'État, ainsi que des armes, munitions et leurs éléments non considérés comme matériels de guerre figurant sur la même liste, est soumis à une autorisation préalable spécifique.

⑨⑬ « Des dérogations à cette autorisation préalable peuvent être établies par l'autorité administrative.

⑨⑭ « II. – L'autorité administrative peut à tout moment, suspendre, modifier, abroger ou retirer les autorisations préalables qu'elle a délivrées pour des raisons de respect des engagements internationaux de la France, de protection des intérêts essentiels de sécurité d'ordre public ou de sécurité publique, ou pour non respect des conditions spécifiées dans l'autorisation préalable.

⑨⑮ « III. – Les conditions d'application du présent article sont déterminées par décret en Conseil d'État.

⑨⑯ « *Art. L. 2335-18.* – I. – Est soumis à une autorisation préalable le transfert effectué depuis la France vers les autres États membres de l'Union européenne des matériels suivants :

⑨⑰ « 1° Les satellites de détection ou d'observation, leurs équipements d'observation et de prises de vue, ainsi que leurs stations au sol

d'exploitation, conçus ou modifiés pour un usage militaire ou auxquels leurs caractéristiques confèrent des capacités militaires ;

- ⑨⑧ « 2° Les véhicules spatiaux, les autres satellites, leurs stations au sol d'exploitation, leurs équipements spécialement conçus ou modifiés pour un usage militaire ;
- ⑨⑨ « 3° Les moteurs et système de propulsion spécialement conçus ou modifiés pour les matériels des 1° et 2° ;
- ⑩⑩ « 4° Les fusées et les lanceurs spatiaux à capacité balistique militaire, leurs équipements et composants ainsi que les moyens spécialisés de production, d'essai et de lancement ;
- ⑩① « 5° Les parties, composants, accessoires et matériels spécifiques d'environnement, y compris les équipements de maintenance, des matériels mentionnés aux 1°, 2° et 3° ;
- ⑩② « 6° Les outillages spécialisés de fabrication des matériels mentionnés aux 1°, 2°, 3° et 4°.
- ⑩③ « L'autorisation est refusée lorsque le transfert est de nature à compromettre les intérêts essentiels de la sécurité.
- ⑩④ « II. – Les dispositions des articles L. 2335-12, L. 2335-13, L. 2335-14 et L. 2335-15 sont applicables aux transferts régis par le I.
- ⑩⑤ « III. – Un décret en Conseil d'État détermine les conditions et la procédure de délivrance de cette autorisation, ainsi que les éventuelles dérogations à cette obligation d'autorisation.

⑩⑥

« SOUS-SECTION 6

⑩⑦

« **Dispositions communes**

- ⑩⑧ « *Art. L. 2335-19.* – Les contestations en douane portant sur la prohibition d'importation, d'exportation ou de transfert, prévue au présent chapitre, peuvent être soumises à un comité siégeant auprès du ministre de la défense et tranchées par lui. L'organisation et le fonctionnement de ce comité sont déterminés par décret. »

Article 2

- ① I. – Le III de l'article L. 2331-1 du code de la défense est remplacé par les dispositions suivantes :
- ② « III. – Les matériels appartenant ou non aux précédentes catégories, qui sont soumis à des restrictions ou à une procédure spéciale pour l'importation ou l'exportation hors du territoire de l'Union européenne, ou le transfert au sein de l'Union européenne, sont définis au chapitre V du présent titre. »

- ③ II. – Le premier alinéa de l'article L. 2332-9 du code de la défense est remplacé par les dispositions suivantes :
- ④ « Les titulaires des autorisations mentionnées au I de l'article L. 2332-1 et des licences mentionnées aux sections 1 et 2 du chapitre V du présent titre sont tenus : »
- ⑤ III. – Le premier alinéa de l'article L. 2352-1 du code de la défense est remplacé par les dispositions suivantes :
- ⑥ « La production, l'importation et l'exportation hors du territoire de l'Union européenne, le transfert entre États membres de l'Union européenne, le commerce, l'emploi, le transport et la conservation des produits explosifs sont subordonnés à un agrément technique et aux autorisations et contrôles nécessités par les exigences de la sécurité publique et de la défense nationale. »

Article 3

- ① I. – Au deuxième alinéa de l'article L. 2339-3 du code de la défense, les mots : « et des articles L. 2335-2 et L. 2336-2 du présent titre » sont remplacés par les mots : « et de l'article L. 2336-2 du présent titre ».
- ② II. – La section 5 du chapitre IX du titre III du livre III de la deuxième partie du code de la défense est modifiée ainsi qu'il suit :
- ③ 1° L'intitulé de la section 5 est remplacé par l'intitulé suivant : « Section 5 - Sanctions pénales des importations, exportations et transferts » ;
- ④ 2° L'article L. 2339-11 est modifié comme suit :
- ⑤ a) Au premier alinéa, les mots : « dans l'article L. 2535-4 » sont remplacés par les mots : « dans l'article L. 2332-8-1 » ;
- ⑥ b) Au second alinéa, les mots : « ou du poinçonnage d'exportation » sont supprimés ;
- ⑦ 3° Après l'article L. 2339-11 sont insérés les articles suivants :
- ⑧ « *Art. L. 2339-11-1.* – Est puni d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 75 000 € :
- ⑨ « 1° Sans préjudice de l'application du code des douanes, le fait de contrevenir aux dispositions des articles L. 2335-2, L. 2335-3, L. 2335-9 et L. 2335-10 et au I de l'article L. 2335-18 ;
- ⑩ « 2° Le fait de ne pas tenir ou de ne pas conserver durant le délai prévu le registre des exportations prévu à l'article L. 2335-6 et le registre des transferts effectués, mentionné à l'article L. 2335-14 ;

- ⑪ « 3° Le fait de ne pas présenter les registres des exportations ou les registres de transferts et aux agents visés à l'article L. 2339-1, à leur première demande ;
- ⑫ « 4° Le fait d'omettre, de manière répétée et significative, de renseigner une ou plusieurs des informations obligatoires des registres prévus aux articles L. 2335-6 et L. 2335-14.
- ⑬ « *Art. L. 2339-11-2.* – Est puni d'un emprisonnement de trois ans et d'une amende de 45 000 € :
- ⑭ « 1° Le fait de ne pas reproduire les mentions obligatoires prescrites au troisième alinéa de l'article L. 2335-5 ou au deuxième alinéa de l'article L. 2335-13 ;
- ⑮ « 2° Le fait pour le destinataire de transférer ou d'exporter des matériels non intégrés dans ses produits en violation de l'engagement prévu à l'article L. 2335-15 ;
- ⑯ « 3° Le fait d'obtenir la licence d'exportation mentionnée à l'article L. 2335-7 à la suite d'une déclaration mensongère ou frauduleuse selon laquelle les restrictions à l'exportation de produits liés à la défense, reçus au titre d'une licence de transfert d'un État membre de l'Union européenne, ont été respectées ou levées par l'État membre d'origine ;
- ⑰ « 4° Le fait pour un destinataire d'omettre ou de refuser de répondre aux demandes qui lui sont adressées par les agents mentionnés à l'article L. 2339-1 concernant les utilisateurs finaux et l'utilisation finale de tous les produits exportés, transférés ou reçus par l'entreprise au titre d'une licence de transfert d'un autre État membre de l'Union européenne.
- ⑱ « *Art. L. 2339-11-3.* – Est puni d'une amende de 15 000 € :
- ⑲ « 1° Le fait pour un fournisseur ou un exportateur de ne pas informer le ministre de la défense, dans le délai fixé, y compris par négligence, de son intention d'utiliser une licence générale d'exportation ou une licence générale de transfert pour la première fois ;
- ⑳ « 2° Le fait de ne pas transmettre à l'autorité administrative la déclaration des matériels exportés mentionnée à l'article L. 2335-6 et la déclaration des matériels transférés mentionnée à l'article L. 2335-14.
- ㉑ « *Art. L. 2339-11-4.* – Pour les infractions prévues aux articles L. 2339-11-1 et L. 2339-11-2, les personnes morales encourent :
- ㉒ « 1° L'amende, suivant les modalités prévues par l'article 131-38 du code pénal ;
- ㉓ « 2° Les peines mentionnées aux 2°, 4°, 5°, 8° et 9° de l'article 131-39 du code pénal. »

Article 4

- ① I. – L'article 2 *ter* du code des douanes est abrogé.
- ② II. – À la première phrase du point 4 de l'article 38 du code des douanes, après les mots : « les dispositions du présent article sont applicables », sont ajoutés les mots : « aux produits liés à la défense dont le transfert est soumis à l'autorisation préalable prévue à l'article L. 2335-10 du code de la défense, aux produits chimiques du tableau 1 annexé à la Convention de Paris et mentionnés à l'article L. 2342-8 du code de la défense, aux matériels mentionnés à l'article L. 2335-18 du code de la défense ainsi qu'aux produits explosifs destinés à des fins militaires régis par l'article L. 2352-1 du code de la défense, ».
- ③ III. – Au 4 de l'article 95 du code des douanes, les mots : « la forme des déclarations applicables aux opérations mentionnées à l'article 2 *ter* ainsi que » sont supprimés.
- ④ IV. – Au 1 de l'article 419 du code des douanes, les mots : « 2 *ter*, » sont supprimés.
- ⑤ V. – Au 2 de l'article 419 du code des douanes, les mots : « et les personnes visées aux 2 et 3 de l'article 2 *ter* » sont supprimés.
- ⑥ VI. – L'article L. 2332-7 du code de la défense est complété par l'alinéa suivant :
- ⑦ « Par dérogation aux dispositions du premier alinéa, les agents des douanes et les agents mentionnés à l'article L. 2332-4 peuvent se communiquer spontanément tous les renseignements et documents détenus ou recueillis dans le cadre de leurs missions respectives. »

CHAPITRE II

Dispositions relatives à la transposition de la directive 2009/81/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 relative à la coordination des procédures de passation de certains marchés de travaux, de fournitures et de services par les pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices dans les domaines de la défense et de la sécurité, et modifiant les directives 2004/17/CE et 2004/18/CE.

Article 5

- ① L'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics est modifiée ainsi qu'il suit :
- ② 1° À l'article 2 :

- ③ a) Le premier alinéa est précédé d'un « I » ;
- ④ b) Il est ajouté les dispositions suivantes :
- ⑤ « II. – Les marchés et accords-cadres de défense ou de sécurité sont les marchés et accords-cadres ayant pour objet :
- ⑥ « 1° La fourniture d'équipements, y compris leurs pièces détachées, composants ou sous assemblages, qui sont destinés à être utilisés comme armes, munitions ou matériel de guerre, qu'ils aient été spécifiquement conçus à des fins militaires, ou qu'ils aient été initialement conçus pour une utilisation civile puis adaptés à des fins militaires ;
- ⑦ « 2° La fourniture d'équipements destinés à la sécurité, y compris leurs pièces détachées, composants ou sous-assemblages, et qui font intervenir, nécessitent ou comportent des supports ou informations protégés ou classifiés dans l'intérêt de la sécurité nationale ;
- ⑧ « 3° Des travaux, fournitures et services directement liés à un équipement visé au 1° ou 2° , y compris la fourniture d'outillages, de moyens d'essais ou de soutien spécifique, pour tout ou partie du cycle de vie de l'équipement ; le cycle de vie de l'équipement est l'ensemble des états successifs qu'il peut connaître, notamment la recherche et développement, le développement industriel, la production, la réparation, la modernisation, la modification, l'entretien, la logistique, la formation, les essais, le retrait, le démantèlement et l'élimination ;
- ⑨ « 4° Des travaux et services ayant des fins spécifiquement militaires, ou des travaux et services destinés à la sécurité et qui font intervenir, nécessitent ou comportent des supports ou informations protégés ou classifiés dans l'intérêt de la sécurité nationale ;
- ⑩ « 5° Des travaux, fournitures ou services mentionnés aux 1° à 4°, et des travaux, fournitures ou services qui n'y sont pas mentionnés, lorsque la passation d'un marché unique est justifiée pour des raisons objectives. »
- ⑪ 2° Au II de l'article 3, après les mots : « les règles », sont insérés les mots : « de passation ou d'exécution » ;
- ⑫ 3° À l'article 4 :
- ⑬ a) Le premier alinéa est précédé d'un « I » ;
- ⑭ b) Il est ajouté les dispositions suivantes :
- ⑮ « II. – Les dispositions de la présente ordonnance ne font pas obstacle à la possibilité pour les entités adjudicatrices d'appliquer volontairement les règles de passation ou d'exécution prévues par le code des marchés publics. » ;
- ⑯ 4° L'article 7 est remplacé par les dispositions suivantes :

- ⑰ « Art. 7. – I. – Les dispositions de la présente ordonnance ne sont pas applicables aux marchés, quel que soit leur objet, qui présentent les caractéristiques suivantes :
- ⑱ « 1° Marchés de services conclus avec un pouvoir adjudicateur ou une entité adjudicatrice soumis au code des marchés publics ou à la présente ordonnance, lorsque ce pouvoir adjudicateur ou cette entité adjudicatrice bénéficie, sur le fondement d'une disposition légalement prise, d'un droit exclusif, à condition que cette disposition soit compatible avec le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ;
- ⑲ « 2° Marchés de services qui ont pour objet l'acquisition ou la location, quelles qu'en soient les modalités financières, de terrains, de bâtiments existants ou d'autres biens immeubles, ou qui concernent d'autres droits sur ces biens ;
- ⑳ « 3° Marchés passés au bénéfice d'un pouvoir adjudicateur ou d'une entité adjudicatrice en vertu de la procédure propre à une organisation internationale et dans le cadre des missions de celle-ci ;
- ㉑ « 4° Marchés passés selon des règles de passation particulières prévues par un accord international, y compris un arrangement administratif, relatif au stationnement de troupes ou conclu entre au moins un État membre de l'Union européenne et au moins un État tiers ;
- ㉒ « 5° Marchés de services relatifs à l'arbitrage et à la conciliation ;
- ㉓ « 6° Marchés de service concernant les contrats de travail.
- ㉔ « II. – Les dispositions de la présente ordonnance ne sont pas applicables aux marchés, autres que les marchés de défense ou de sécurité, qui présentent les caractéristiques suivantes :
- ㉕ « 1° Marchés de services financiers relatifs à l'émission, à l'achat, à la vente et au transfert de titres ou d'autres instruments financiers, en particulier les opérations d'approvisionnement en argent ou en capital des pouvoirs adjudicateurs ou des entités adjudicatrices ; toutefois, les contrats de services financiers conclus en relation avec un contrat d'acquisition ou de location de terrains, de bâtiments existants ou d'autres biens immeubles, sous quelque forme que ce soit, entrent dans le champ d'application de l'ordonnance ;
- ㉖ « 2° Marchés de services de recherche et développement pour lesquels le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice n'acquiert pas la propriété exclusive des résultats ou ne finance pas entièrement la prestation ;
- ㉗ « 3° Marchés qui exigent le secret ou dont l'exécution doit s'accompagner de mesures particulières de sécurité conformément aux

dispositions législatives ou réglementaires en vigueur ou pour lesquels la protection des intérêts essentiels de l'État l'exige ;

- ②⑧ « 4° Marchés qui ont pour objet l'achat d'œuvres d'art, d'objets d'antiquité et de collection et marchés ayant pour objet l'achat d'objets d'art.
- ②⑨ « III. – Les dispositions de la présente ordonnance ne sont pas applicables aux marchés de défense ou de sécurité qui présentent les caractéristiques suivantes :
- ③⑩ « 1° Marchés de services financiers à l'exception des services d'assurance ;
- ③⑪ « 2° Marchés de services de recherche et développement pour lesquels le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice n'acquiert pas la propriété exclusive des résultats ou ne finance pas entièrement la prestation ;
- ③⑫ « La recherche et développement est définie comme l'ensemble des activités relevant de la recherche fondamentale, de la recherche appliquée et du développement expérimental, y compris la réalisation de démonstrateurs technologiques, et à l'exception de la réalisation et de la qualification de prototypes de pré-production, de l'outillage et de l'ingénierie industrielle, de la conception industrielle et de la fabrication ; les démonstrateurs technologiques sont les dispositifs visant à démontrer les performances d'un nouveau concept ou d'une nouvelle technologie dans un environnement pertinent ou représentatif ;
- ③⑬ « 3° Marchés portant sur des armes, munitions ou matériel de guerre, lorsque, au sens de l'article 346 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, la protection des intérêts essentiels de sécurité de l'État l'exige ;
- ③⑭ « 4° Marchés pour lesquels l'application de la présente ordonnance ou du code des marchés publics obligerait à une divulgation d'informations contraire aux intérêts essentiels de sécurité de l'État ;
- ③⑮ « 5° Marchés spécifiquement destinés aux activités de renseignement ;
- ③⑯ « 6° Marchés passés dans le cadre d'un programme de coopération fondé sur des activités de recherche et développement mené conjointement par l'État et un autre État membre de l'Union européenne en vue du développement d'un nouveau produit et, le cas échéant, de tout ou partie des phases ultérieures du cycle de vie de ce produit tel que défini au 3° du II de l'article 2 ; lorsque seuls participent au programme des personnes relevant d'États membres, l'État notifie à la Commission européenne, au moment de la conclusion de l'accord ou de l'arrangement de coopération, la part des dépenses de recherche et développement par rapport au coût global du programme, l'accord relatif au partage des coûts ainsi que, le cas

échéant, la part envisagée d'achat pour chaque État membre telle que définie dans l'accord ou l'arrangement ;

- ③7 « 7° Marchés passés dans un pays tiers lorsque des forces sont déployées hors du territoire de l'Union européenne, et que les besoins opérationnels exigent qu'ils soient conclus avec des opérateurs économiques locaux implantés dans la zone des opérations ;
- ③8 « 8° Marchés ayant pour objet des travaux, fournitures ou services mentionnés au II de l'article 2, et des travaux, fournitures ou services n'entrant pas dans le champ de la présente ordonnance, lorsque la passation d'un marché global est justifiée pour des raisons objectives. » ;
- ③9 5° À l'article 8 :
- ④0 a) Le 1° est remplacé par les dispositions suivantes :
- ④1 « 1° Les personnes qui ont fait l'objet, depuis moins de cinq ans, d'une condamnation définitive pour l'une des infractions prévues par les articles 222-38, 222-40, 226-13, 313-1 à 313-3, 314-1 à 314-3, 324-1 à 324-6, 413-9 à 413-12, 421-1 à 421-2-3, par le deuxième alinéa de l'article 421-5, par l'article 433-1, par le deuxième alinéa de l'article 433-2, par le huitième alinéa de l'article 434-9, par le deuxième alinéa de l'article 434-9-1, par les articles 435-3, 435-4, 435-9, 435-10, 441-1 à 441-7, par les premier et deuxième alinéas de l'article 441-8, par l'article 441-9, par les articles 445-1 et 450-1 du code pénal et par l'article 1741 du code général des impôts, par les articles L. 2339-2 à L. 2339-4, L. 2339-9, L. 2339-11-1 à L.2339-11-3 du code de la défense »
- ④2 b) Après le 4°, il est inséré les dispositions suivantes :
- ④3 « 5° Pour les marchés de défense ou de sécurité, les personnes qui ont été sanctionnées par la résiliation de leur marché ou qui, par une décision de justice, ont vu leur responsabilité civile engagée depuis moins de cinq ans, pour méconnaissance de leurs engagements en matière de sécurité d'approvisionnement ou en matière de sécurité de l'information, à moins qu'elles aient entièrement exécuté les décisions de justice éventuellement prononcées à leur encontre et qu'elles établissent, par tout moyen, que leur professionnalisme ne peut plus être remis en doute ;
- ④4 « 6° Pour les marchés de défense ou de sécurité, les personnes au sujet desquelles il est établi, par tout moyen, et le cas échéant par des sources de données protégées, qu'elles ne possèdent pas la fiabilité nécessaire pour éviter des atteintes à la sécurité de l'État. » ;
- ④5 6° Il est créé un article 37-1 rédigé ainsi qu'il suit :
- ④6 « *Art. 37-1. – I. –* Pour les marchés de défense ou de sécurité, les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices peuvent ne pas accepter

un opérateur économique proposé par le candidat ou le titulaire comme sous-contractant, pour l'un des motifs prévus à l'article 8 ou au motif qu'il ne présente pas les garanties suffisantes telles que celles exigées pour les candidats du marché principal, notamment en termes de capacités techniques, professionnelles et financières ou de sécurité de l'information ou de sécurité des approvisionnements.

- ④⑦ « Le sous-contractant est l'opérateur économique avec lequel le titulaire du marché conclut, aux fins de la réalisation de celui-ci, un contrat de sous-traitance au sens de la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance ou un contrat dépourvu des caractéristiques du contrat d'entreprise.
- ④⑧ « II. – Un décret en Conseil d'État fixe les modalités d'application du présent article. » ;
- ④⑨ 7° Il est créé un article 37-2 rédigé ainsi qu'il suit :
- ④⑩ « Art. 37-2. – I. – Un pouvoir adjudicateur ou une entité adjudicatrice peut autoriser des opérateurs économiques n'ayant pas la qualité de ressortissant de l'Union européenne ou de ressortissants de la Confédération suisse ou d'un État partie à l'Espace économique européen à participer à une procédure de passation de marchés de défense ou de sécurité.
- ④⑪ « II. – Un décret en Conseil d'État fixe les modalités d'application du présent article. » ;
- ④⑫ 8° À l'article 38 :
- ④⑬ a) Le premier alinéa est précédé d'un « I » ;
- ④⑭ b) Sont ajoutées les dispositions suivantes :
- ④⑮ « II. – Les dispositions des articles 37-1 et 37-2 sont applicables aux personnes soumises au code des marchés publics. »

Article 6

- ① Le code de justice administrative est modifié ainsi qu'il suit :
- ② 1° À l'article L. 551-2 :
- ③ a) Le premier alinéa est précédé d'un : « I » ;
- ④ b) Sont ajoutées les dispositions suivantes :
- ⑤ « II. – Toutefois, les dispositions du I ne sont pas applicables aux contrats passés dans les domaines de la défense ou de la sécurité au sens du II de l'article 2 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux

marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics.

- ⑥ « Pour ces contrats, il est fait application des dispositions des articles L. 551-6 et L. 551-7. » ;
- ⑦ 2° Le second alinéa de l'article L. 551-19 est remplacés par les dispositions suivantes :
- ⑧ « Cette raison ne peut être constituée par la prise en compte d'un intérêt économique que si la nullité du contrat entraîne des conséquences disproportionnées et que l'intérêt économique atteint n'est pas directement lié au contrat, ou si le contrat porte sur une délégation de service public ou encore si la nullité du contrat menace sérieusement l'existence même d'un programme de défense ou de sécurité plus large qui est essentiel pour les intérêts de sécurité de l'État. »

CHAPITRE III

Dispositions diverses et transitoires

Article 7

- ① I. – Les agréments préalables délivrés antérieurement à l'entrée en vigueur de la présente loi conservent leur validité jusqu'à leur terme.
- ② II. – Les autorisations d'exportation de matériels de guerre et matériels assimilés concernant l'exportation vers des États membres de l'Union européenne et délivrées jusqu'à la date d'entrée en vigueur mentionnée au I de l'article 8 de la présente loi sont réputées valoir licences individuelles et globales de transfert ou autorisation de transfert au sens de l'article L. 2335-18 jusqu'à l'expiration de leur durée de validité s'agissant des autorisations individuelles, et cinq ans après la date d'entrée en vigueur de la présente loi s'agissant des autorisations globales.

Article 8

- ① I. – À titre transitoire, jusqu'à une date déterminée dans les décrets d'application et au plus tard le 31 décembre 2014 :
- ② 1° Les opérations mentionnées au premier alinéa du IV de l'article L. 2335-3 sont soumises au régime de l'agrément préalable dans les conditions fixées par l'article L. 2335-2 du code de la défense dans sa rédaction antérieure à l'entrée en vigueur de la présente loi ;

- ③ 2° Les opérations mentionnées au premier alinéa du IV de l'article L. 2335-10 sont soumises au régime de l'agrément préalable dans les conditions fixées par l'article L. 2335-2 du code de la défense dans sa rédaction antérieure à l'entrée en vigueur de la présente loi.
- ④ II. – Les agréments préalables délivrés dans cette période conservent leur validité jusqu'à leur terme.
- ⑤ III. – Les modalités d'application du présent article sont déterminées par décret en Conseil d'État.

Article 9

- ① I. – Sous réserve des dispositions de l'article 8, les articles 1^{er} à 4 et l'article 7 entrent en vigueur le 30 juin 2012.
- ② II. – L'article 5 entre en vigueur le 21 août 2011.
- ③ III. – Les dispositions de l'article 6 sont applicables aux contrats pour lesquels une consultation est engagée à compter du 21 août 2011.

Article 10

Les articles 1^{er} à 3, 7 et 8 ainsi que le I de l'article 9 de la présente loi sont applicables sur l'ensemble du territoire de la République.

Fait à Paris, le 27 octobre 2010

Signé : FRANÇOIS FILLON

Par le Premier ministre :

Le ministre de la défense,

Signé : HERVÉ MORIN



Projet de loi

relatif au contrôle des importations et des exportations de matériels de guerre et de matériels assimilés, à la simplification des transferts des produits liés à la défense dans l'Union européenne et aux marchés de défense et de sécurité

Etude d'impact

établie en application de l'article 8 de la loi organique n° 2009-403 du 15 avril 2009 relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution

25 octobre 2010

Avant-propos

La directive 2009/43/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 mai 2009 simplifiant les conditions des transferts de produits liés à la défense dans la Communauté et la directive 2009/81/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 relative à la coordination des procédures de passation de certains marchés de travaux, de fournitures et de services par des pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices dans les domaines de la défense et de la sécurité, et modifiant les directives 2004/17/CE et 2004/18/CE, sont complémentaires : elles ont été négociées simultanément et elles poursuivent le même objectif d'accroissement de la sécurité des approvisionnements dans le cadre d'un marché européen de la défense.

Les délais de transposition de ces deux directives sont similaires : la transposition de la directive 2009/43/CE doit être effective au plus tard le 30 juin 2011 (article 18 de la directive) ; le délai de transposition de la directive 2009/81/CE est fixé au 20 août 2011 (article 72 de la directive).

Dans ce contexte, il est opportun de joindre en un seul texte les dispositions législatives nécessaires à la transposition des deux directives. La transposition dans un texte commun répond en effet au double objectif de lisibilité du droit et de limitation de l'inflation législative.

La présente étude d'impact est toutefois séparée en deux parties distinctes, car les deux directives soulèvent des problématiques de transposition différentes.

La première partie de la présente étude d'impact est donc consacrée aux dispositions du projet de loi concernant le contrôle des importations et des exportations de matériels de guerre et de matériels assimilés et à la transposition de la directive 2009/43/CE du 6 mai 2009 simplifiant les conditions des transferts de produits liés à la défense dans la Communauté.

La seconde partie est consacrée à la transposition législative de la directive 2009/81/CE du 13 juillet 2009 relative à la coordination des procédures de passation de certains marchés dans les domaines de la défense et de la sécurité.

Table des matières

1ÈRE PARTIE	9
ETUDE D'IMPACT DES DISPOSITIONS DU PROJET DE LOI CONCERNANT LE CONTRÔLE DES IMPORTATIONS ET DES EXPORTATIONS DE MATÉRIELS DE GUERRE ET DE MATÉRIELS ASSIMILÉS ET À LA TRANSPOSITION DE LA DIRECTIVE 2009/43/CE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL DU 6 MAI 2009 SIMPLIFIANT LES CONDITIONS DES TRANSFERTS DE PRODUITS LIÉS À LA DÉFENSE DANS LA COMMUNAUTÉ	9
INTRODUCTION	10
Chapitre 1 - DIAGNOSTIC	11
Section 1 – Le contrôle actuel des exportations de matériels de guerre et assimilés en France	11
Paragraphe 1 - Le cadre juridique interne actuel : un même régime juridique pour les exportations d'armement vers un pays de l'Union européenne ou hors Union	11
1.1. Un contrôle rigoureux fondé sur le principe de la prohibition de l'importation des armes et matériels de guerre et celui du double niveau d'autorisation d'exportation.	11
1.2. Des procédures d'instruction interministérielle robustes	12
1.3. Les textes réglementaires actuellement applicables	14
Paragraphe 2 - Le tissu industriel : des acteurs nombreux et économiquement importants	15
2.1. Une multitude d'acteurs	15
2.1.1 Entreprises françaises exportatrices	15
2.1.2. Entreprises françaises importatrices	15
2.2. Le panorama chiffré des exportations	15
2.3. Un poids économique conséquent	16
2.3.1. Le nombre d'emplois directs et indirects	16
2.3.2. Le poids des exportations dans la balance commerciale	16
Section 2 – L'évolution européenne vers une directive relative aux transferts intracommunautaires	16
Paragraphe 1 – Le chemin vers l'adoption de la directive	16
Paragraphe 2 - Les objectifs de la directive.	18
2.1. Faciliter les échanges dans l'espace communautaire et créer un marché intérieur des équipements de défense.	18
2.2. Améliorer la compétitivité et renforcer la coopération transnationale des entreprises.	18
2.3. Ouvrir les marchés tout en sécurisant les approvisionnements et l'équipement des forces armées	19
Paragraphe 3 - Les principes de la directive	19
3.1. Un principe général : la liberté encadrée du commerce et de l'industrie	19
3.2. Harmoniser les instruments de contrôle des transferts intracommunautaires : licences, certifications et contrôles a posteriori	20
3.3. Préserver les impératifs de sécurité des Etats membres	21
Chapitre 2 - LES OBJECTIFS POURSUIVIS	22
Section 1 - La transposition de la directive	22
Section 2 - Les objectifs hors transposition	22
Chapitre 3 - LES OPTIONS PERMETTANT D'ATTEINDRE LES OBJECTIFS	23
Section 1 - Les choix de transposition des autres Etats membres	24
Section 2 – Les options de la transposition en France	25
Paragraphe 1 - L'introduction des licences de transfert.	25
1.1. Le concept de licence de transfert.	25
1.2. Les options de mise en œuvre de la licence générale de transfert	27
1.3. Restrictions à l'exportation	28
1.4. Les options en matière d'information et de contrôle	29
1.5. La possibilité de suspension, modification, abrogation ou retrait des licences de transfert	30
Paragraphe 2 - La suppression des autorisations d'importation et de transit	30

Paragraphe 3 - La certification	31
3.1. Le principe de la certification et le format des entreprises à certifier.	31
3.2. Le rôle clé de l'administrateur personnellement responsable.	31
3.3. Le référentiel de certification.	32
3.4. Le certificat.	32
Paragraphe 4 - Le contrôle <i>a posteriori</i> .	32
Paragraphe 5 - Les sanctions	34
Section 3 - Les options hors du champ de la directive	35
Paragraphe 1 - La simplification de la procédure d'autorisation	35
1.1. Les principes généraux de la réforme	35
1.2. Les modalités d'octroi des licences d'exportation ou de transfert	36
1.2.1. Le principe d'une procédure unique d'autorisation	36
1.2.2. Les contraintes et l'adaptation de l'outil informatique	36
1.2.3. La nécessité de procéder par étapes	37
Paragraphe 2 - L'instauration d'une licence générale d'exportation (hors Union européenne).	38
2.1. Le principe de la licence générale d'exportation (hors Union européenne).	38
2.2. Les modalités de mise en œuvre de la licence générale d'exportation	39
2.3. Le cas particulier de la licence générale d'exportation « vers les forces armées »	40
2.4. Le principe d'une « qualification des entreprises exportatrices » utilisatrices des licences générales	40
Paragraphe 3 - La réforme des formalités douanières	40
3.1. La suppression de la déclaration en douane à l'intérieur de l'Union européenne.	40
3.2. La suppression de l'attestation de passage en douane (APD)	41
Chapitre 4 - LES IMPACTS DE LA TRANSPOSITION ET DE LA RÉFORME DU CONTRÔLE DES EXPORTATIONS	41
Section 1 - L'impact économique, financier et social pour les entreprises	41
Paragraphe 1 - L'impact économique et industriel	41
1.1. L'impact économique relatif aux transferts	41
1.1.1. Les risques de surévaluer l'impact économique de la simplification des transferts.	41
1.1.2. Gain n°1 : réalisation des matériels à moindre coût	42
1.1.3. Gain n°2 : amélioration de la compétitivité des entreprises sur le moyen/long terme	43
1.1.4. Gain n° 3 : économies en termes de procédures administratives	44
1.2. L'impact économique relatif aux exportations	44
1.2.1. L'impact économique à court terme : la licence dite unique d'exportation	44
1.2.2. L'impact économique à moyen terme : la licence générale d'exportation.	45
Paragraphe 2 - L'impact financier pour les entreprises (charges administratives de gestion)	45
2.1. Au regard des licences de transfert	45
2.2. Au regard de la certification des entreprises françaises	46
Paragraphe 3 - L'impact sur l'emploi	46
Section 2 - L'impact administratif	47
Paragraphe 1 - L'économie globale d'actes administratifs (transferts et exportations)	47
1.1. La réduction du nombre d'actes grâce aux licences générales de transfert	47
1.2. La réduction du nombre d'actes grâce à la licence dite unique	48
Paragraphe 2 - L'impact administratif sur le ministère de la défense	49
2.1. L'impact administratif sur la Direction générale de l'armement et le Contrôle général des armées, concernés en particulier par la certification et le contrôle <i>a posteriori</i> .	49
2.1.1. La répartition des effectifs consacrés au contrôle <i>a posteriori</i> .	49
2.1.2. L'impact administratif pour la DGA	49
2.1.3. L'impact administratif pour le Contrôle général des armées (CGA)	50
2.2. L'impact administratif sur la Délégation aux affaires stratégiques/sous-direction de la prolifération et du contrôle	50
2.3. L'impact administratif sur l'Etat-major des armées (EMA)	51
2.4. Bilan en effectifs pour le ministère de la défense :	51
Paragraphe 3 - L'impact administratif sur le ministère chargé des douanes	51
Paragraphe 4 - L'impact administratif sur le ministère des affaires étrangères et européennes	52
Paragraphe 5 - L'impact administratif en matière de système d'information (SI)	52
Section 3 - L'impact juridique	53
Paragraphe 1 - L'impact sur le plan législatif	53
Paragraphe 2 - L'impact sur le plan réglementaire	54

Paragraphe 3 - La mise en œuvre et le suivi	55
Paragraphe 4 - Les risques de contentieux devant les juridictions administratives	55
Paragraphe 5 - Le champ d'application : l'implication sur l'Outre-mer	56
5.1. Le droit applicable actuellement	56
5.2. La transposition de la directive 2009/43/CE du 6 mai 2009	56
Section 4 - L'impact en matière de sécurité	57
Paragraphe 1 - L'impact sur nos capacités d'équipement	57
Paragraphe 2 - L'impact en matière de terrorisme et de dissémination d'armes conventionnelles	57
Section 5 - L'impact environnemental	58
Chapitre 5 - LES CONSULTATIONS MENÉES	58
Paragraphe 1 - Les travaux au sein du sous-comité 2 de la Loi	58
Paragraphe 2 - Le groupe de travail informel sur la certification	59
Paragraphe 3 - Les entretiens bilatéraux menés avec certains de nos partenaires européens	59
Paragraphe 4 - La concertation avec les industriels	59
 ANNEXE n° 1	 60
Transferts réalisés à partir de la France au cours de l'année 2009	60
 ANNEXE n° 2	 60
ANNEXE n° 2	61
Transferts réalisés à partir de la France au cours de l'année 2008	61
 ANNEXE n° 3	 62
Procédures globales mises en place par la France impliquant des pays européens	62
 ANNEXE n° 4	 63
Certificat d'utilisation finale –Engagement de non réexportation	63
 ANNEXE n° 5	 65
Standard certificate template	65
 ANNEXE N° 7	 67
Tableau récapitulatif des textes réglementaires d'application du chapitre 1er du projet de loi	67
 Annexe n° 8	 72
 TABLEAU DE TRANSPOSITION	 72
 2ÈME PARTIE	 86
 ETUDE D'IMPACT DES DISPOSITIONS DU PROJET DE LOI CONCERNANT LA TRANSPOSITION DE LA DIRECTIVE 2009/81/CE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL DU 13 JUILLET 2009 RELATIVE À LA COORDINATION DES PROCÉDURES DE PASSATION DE CERTAINS MARCHÉS DE TRAVAUX, DE FOURNITURES ET DE SERVICES PAR LES POUVOIRS ADJUDICATEURS OU ENTITÉS ADJUDICATRICES DANS LES DOMAINES DE LA DÉFENSE ET DE LA SÉCURITÉ, ET MODIFIANT LES SERVICES 2004/17/CE ET 2004/18/CE	 86
 Chapitre 1 - DIAGNOSTIC	 87

Section 1 - L'Etat du droit positif : une partie des marchés de défense ou de sécurité est passée en application du code des marchés publics et de l'ordonnance du 6 juin 2005 transposant les directives communautaires et une partie échappe à l'application de ces textes	87
Paragraphe 1 - En droit communautaire, les marchés de défense ou de sécurité sont passés en principe par application des règles des directives 2004/17/CE et 2004/18/CE	87
Paragraphe 2 - En droit français, les marchés de défense ou de sécurité sont passés en principe par application des règles du code des marchés publics et de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005	88
Paragraphe 3 - Les marchés secrets ou exigeant des mesures particulières de sécurité ou mettant en jeu les intérêts essentiels de sécurité de l'Etat, autres que ceux portant sur les armes, munitions et matériels de guerre, et les marchés passés en application du a) de l'article 346 TFUE ne sont encadrés par aucun texte	88
Paragraphe 4 - Une partie des marchés, portant sur les armes, munitions et matériels de guerre, passés en application de l'article 346 TFUE sont encadrés par le décret « défense »	89
Section 2 - L'utilisation abusive de l'article 346 (ex-296) du traité par les Etats-membres de l'Union européenne a justifié l'adoption d'un « Paquet Défense »	90
Section 3 - La directive 2009/81/CE soumet les marchés passés dans les domaines de la défense ou de la sécurité aux règles issues du marché intérieur, selon un double objectif :	92
Paragraphe 1 - La spécificité économique du marché européen de la défense.	92
Paragraphe 2 - Les marchés de défense et sécurité dans le marché intérieur.	93
Chapitre 2 - LES OBJECTIFS POURSUIVIS	94
Section 1 - La transposition de la directive 2009/81/CE est conçue comme un outil pour accroître l'efficacité des marchés nationaux passés dans les domaines de la sécurité ou de la défense	94
Section 2 - La poursuite de cet objectif suppose l'adaptation de certaines dispositions nationales	94
Chapitre 3 - LES OPTIONS PERMETTANT D'ATTEINDRE LES OBJECTIFS :	95
Section 1 - La transposition impactera deux dispositifs législatifs existants	95
Paragraphe 1 - L'ordonnance du 6 juin est modifiée en vue, d'une part, de remplir quatre objectifs de la directive et, d'autre part, de permettre la fermeture des marchés de défense et sécurité aux opérateurs économiques des pays tiers à l'UE	96
1.1. L'introduction d'une définition spécifique des marchés de défense ou de sécurité	96
1.2. L'introduction de l'ensemble des exclusions à l'application des dispositions de la directive	97
1.3. La création de nouvelles interdictions de soumissionner liées aux activités terroristes, à la violation du secret professionnel et à l'atteinte au secret de la défense nationale	97
1.4. - L'ouverture de la possibilité aux acheteurs publics de refuser certains sous-traitants et la prise en compte de la définition communautaire de la sous-traitance	97
1.5. - L'ordonnance est également modifiée pour permettre la fermeture des marchés de défense et de sécurité aux opérateurs économiques des pays tiers à l'UE.	98
Paragraphe 2 - Le code de justice administrative est modifié en ce qui concerne, d'une part, le référé précontractuel et, d'autre part, le référé contractuel	98
Section 2 - La transposition s'attache, en premier lieu, aux dispositions précises et inconditionnelles de la directive	99
Paragraphe 1 - Définition des marchés passés dans les domaines de la défense ou de la sécurité	99
Paragraphe 2 - Sous-traitance	100
Paragraphe 3 - Référé contractuel	100
Paragraphe 4 - Interdictions de soumissionner	101
4.1. Infractions terroristes ou infractions liées aux activités terroristes	101
4.2. Financement du terrorisme (39.1.e) 421-2-1 code pénal	101
Paragraphe 5 - Exclusions	101
5.1. Exclusion relative à la détention d'un droit exclusif (article 7.I.1° de l'ordonnance)	102
5.2. Acquisition de biens immeubles (article 7.I.2° de l'ordonnance).	102
5.3. Marchés passés en vertu des règles d'une organisation internationale (article 7.I.36° de l'ordonnance).	102
5.4. Marchés passés selon des règles de passation particulières prévues par un accord international y compris un arrangement international relatif au stationnement de troupes ou conclu entre au moins un Etat membre de l'Union européenne et au moins un Etat tiers (article 7.I.4° de l'ordonnance).	103
5.5. Marchés qui exigent le secret (article 7.II.3° de l'ordonnance)	103
5.6. Marchés de services de Recherche & Développement (R&D) (article 7.III.2° de l'ordonnance)	103

5.7. Marchés portant sur des armes, munitions ou matériel de guerre, lorsque, au sens de l'article 346 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, la protection des intérêts essentiels de sécurité de l'Etat l'exige (article 7.III.3° nouveau de l'ordonnance).	103
5.8. Marchés pour lesquels l'application de l'ordonnance ou du code des marchés publics obligerait à une divulgation d'informations contraire aux intérêts essentiels de sécurité de l'Etat (article 7.III.4° de l'ordonnance).	104
5.9. Marchés spécifiquement destinés aux activités de renseignement (article 7.III.5 de l'ordonnance).	104
5.10. Marchés passés dans le cadre d'un programme de coopération fondé sur des activités de recherche et développement mené conjointement par l'Etat et un autre Etat membre de l'Union européenne (article 7.III.6° de l'ordonnance).	104
5.11. Marchés passés dans un pays tiers lorsque des forces sont déployées hors du territoire de l'Union européenne, et que les besoins opérationnels exigent qu'ils soient conclus avec des opérateurs économiques locaux implantés dans la zone des opérations (article 7.III.7° de l'ordonnance).	104
5.12. Marchés ayant pour objet des travaux, fournitures ou services mentionnés au II de l'article 2, et des travaux, fournitures ou services n'entrant pas dans le champ de l'ordonnance, lorsque la passation d'un marché global est justifiée pour des raisons objectives (article 7.III.8° de l'ordonnance).	104
Section 3 – La transposition recherche, en second lieu, l'exploitation des marges de manœuvre offertes par la directive.	105
Paragraphe 1 - L'ensemble des interdictions de soumissionner proposées aux Etats dans la directive sont transposées en droit national	105
1.1. Le délit d'atteinte à la moralité professionnelle	105
1.2. La condamnation pour violation des obligations de l'attributaire en matière de sécurité de l'information ou de sécurité de l'approvisionnement lors d'un précédent marché	106
1.3. Interdiction liée au fait que le candidat ne possède pas la fiabilité nécessaire pour éviter des atteintes à la sécurité de l'Etat	106
Paragraphe 2 - Sous-traitance	106
Paragraphe 3 - Référé précontractuel	106
Paragraphe 4 - Effectivité des engagements internationaux	107

Chapitre 4 - LES IMPACTS DE LA TRANSPOSITION DE LA DIRECTIVE MARCHÉS DE DÉFENSE ET DE SÉCURITÉ

Section 1 - Impacts juridiques	108
Section 2 - Impacts économiques	108
Paragraphe 1 - Une plus grande ouverture à la concurrence	108
1.1. Impact économique dans le domaine de la sécurité intérieure	108
1.2. Impact économique dans le domaine de la défense	109
Paragraphe 2 - Un impact positif sur les petites et moyennes entreprises (PME)	110
2.1. Impact sur les PME œuvrant dans le domaine de la sécurité intérieure	110
2.2. Impact sur les PME œuvrant dans le domaine de la défense	110
Paragraphe 3 - Un impact attendu sur les prix	111
3.1. Impact sur les prix dans le domaine de la sécurité intérieure	111
3.2. Impact sur les prix dans le domaine de la défense	111
Section 3 – Impact en matière industrielle	111
Section 4 - Impacts internationaux	111
Section 5 - Impacts sociaux	112
Section 6 - Impacts sur les coûts administratifs	112
Section 7 - Impact en matière de recherche et d'innovation	112
Section 8 - Impact sur l'environnement	112
Section 9 - Impacts outre-mer	113

Chapitre 5 - CONSULTATIONS MENEES

ANNEXE 1	114
Panorama des industries de défense	114
ANNEXE 2	120

TABLEAUX DE CONCORDANCE DE TRANSPOSITION DE LA DIRECTIVE 2009/81/CE – dispositions
législatives 120

1ère PARTIE

Etude d'impact des dispositions du projet de loi concernant le contrôle des importations et des exportations de matériels de guerre et de matériels assimilés et à la transposition de la directive 2009/43/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 mai 2009 simplifiant les conditions des transferts de produits liés à la défense dans la Communauté

Introduction

Le présent projet de loi a tout d'abord pour objet d'assurer la transposition, à l'échéance du 30 juin 2011, de la directive 2009/43/CE du 6 mai 2009 portant sur les transferts intracommunautaires de produits liés à la défense dans la Communauté. Il vise à instituer un régime spécifique aux mouvements de ces produits sur le territoire de l'Union européenne, ainsi clairement distingués, au sein du code de la défense, des importations et des exportations des matériels de guerre et des matériels assimilés réalisées hors du territoire de l'Union.

Par la même occasion, il se propose de réformer le dispositif de contrôle des importations et des exportations des matériels de guerre et des matériels assimilés dont les principes remontent à 1939. Une harmonisation avec les principes régissant les transferts intracommunautaires a été recherchée.

Le maintien d'un haut niveau de sécurité constitue un objectif majeur, au côté de la recherche d'une meilleure efficacité.

La présente étude d'impact s'attache à faire le diagnostic de la situation actuelle, qu'il s'agisse des règles nationales actuellement en vigueur ou de l'évolution induite par l'adoption de la directive du 6 mai 2009.

Les objectifs poursuivis par le projet appellent, ensuite, un énoncé détaillé des mesures envisagées, tant en ce qui concerne la transposition de la directive proprement dite, qu'en ce qui concerne les objectifs poursuivis hors transposition.

Une troisième partie énonce les impacts attendus en matière économique, en matière administrative, en matière juridique, en matière de sécurité et en matière environnementale.

Enfin, les consultations menées sont relatées dans une dernière partie de cette étude d'impact.

Chapitre 1 - DIAGNOSTIC

Il faut établir le diagnostic de la situation actuelle pour comprendre la portée de la directive sur notre réglementation actuelle et expliquer les raisons pour lesquelles une évolution de cette réglementation apparaît comme une opportunité en ce qui concerne les exportations vers des pays situés hors de l'Union européenne.

Section 1 – Le contrôle actuel des exportations de matériels de guerre et assimilés en France

A l'heure actuelle, le dispositif de contrôle des exportations d'armements ne fait pas le distinguo entre les pays de destination, qu'ils soient situés au sein de l'Union européenne ou hors de l'Union.

Paragraphe 1 - Le cadre juridique interne actuel : un même régime juridique pour les exportations d'armement vers un pays de l'Union européenne ou hors Union

1.1. Un contrôle rigoureux fondé sur le principe de la prohibition de l'importation des armes et matériels de guerre et celui du double niveau d'autorisation d'exportation.

La réglementation française fixant le régime des matériels de guerre repose sur un classement en huit catégories¹, dont les trois premières sont rassemblées sous la rubrique « matériels de guerre », qui comprend à la fois des armes proprement dites et des moyens militaires de mise en oeuvre ou de protection. La fabrication, le commerce et l'activité d'intermédiation sont soumis à une autorisation préalable, limitée dans le temps, délivrée par le ministre de la défense. Ce régime s'applique également aux armes de 4^{ème} catégorie, dites « de défense », qui n'ont pas été conçues pour un usage militaire, mais qui présentent une sensibilité particulière pour l'ordre et la sécurité publique du fait de leurs caractéristiques.

Les matériels assimilés comprennent notamment des équipements spécialement conçus ou modifiés pour un usage militaire, des parties, composants, accessoires et matériels de maintenance, matériels d'environnement spécifiques ainsi que divers équipements, logiciels et technologies. La fabrication, le commerce et l'intermédiation de ces matériels ne sont pas soumis à autorisation.

¹ 1^{ère} catégorie : armes à feu et leurs munitions conçues pour ou destinées à la guerre terrestre, navale ou aérienne ;

2^{ème} catégorie : matériels destinés à porter ou à utiliser au combat les armes à feu ;

3^{ème} catégorie : matériels de protection contre les gaz de combat ;

4^{ème} catégorie : armes à feu dites de défense et leurs munitions ;

5^{ème} catégorie : armes de chasse et leurs munitions ;

6^{ème} catégorie : armes blanches ;

7^{ème} catégorie : armes de tir, de foire, de salon et leurs munitions ;

8^{ème} catégorie : armes et munitions historiques et de collection.

Les échanges de matériels de guerre et de matériels assimilés entre la France et le reste du monde - Union européenne comprise - sont actuellement régis par les articles L. 2335-1 à L. 2335-4 du code de la défense, regroupés en un chapitre spécifique intitulé « Importations et exportations ».

Le principe général est la prohibition de l'importation des matériels des 1^{re}, 2^e, 3^e, 4^e, 5^e et 6^e catégories mentionnés à l'article L. 2331-1 sauf dérogations. L'importation doit être subordonnée à l'obtention d'une autorisation d'importation de matériels de guerre (AIMG).

Les exportations de matériels de guerre et de matériels assimilés sont également prohibées par les articles L. 2335-2 et L. 2335-3. Ces deux articles instaurent un contrôle *a priori* reposant sur un double niveau d'autorisation :

- l'agrément préalable (AP), accordé par le Premier ministre et notifié à l'industriel par le ministre de la défense, visé à l'article L. 2335-2 du code de la défense ;
- l'autorisation d'exportation de matériels de guerre (AEMG), accordée et notifiée par le ministre chargé des douanes, visée à l'article L. 2335-3 du code de la défense.

L'agrément préalable (AP) permet à une entreprise de négocier un contrat, puis le cas échéant de signer celui-ci. L'autorisation d'exportation de matériels de guerre (AEMG) permet à la même entreprise de procéder à l'opération d'exportation.

Par dérogation aux dispositions adoptées lors de l'entrée en vigueur du grand marché intérieur au 1^{er} janvier 1993, l'article 2 ter du code des douanes, créé par l'article 1er de la loi n° 92-1477 du 31 décembre 1992, prévoit le maintien, pour les échanges intracommunautaires de matériels de guerre et matériels assimilés, non seulement d'un contrôle répressif fondé sur ce code, mais également des formalités douanières particulières.

1.2. Des procédures d'instruction interministérielle robustes

En France, le contrôle des exportations revêt une dimension politique dont l'expression est la décision du Premier ministre qui sanctionne une instruction interministérielle. Cette instruction rigoureuse a pour préalable la délivrance d'une autorisation de fabrication, de commerce et d'intermédiation (AFCI) pour les matériels des quatre premières catégories. Elle se poursuit, en matière d'exportation, par deux phases sanctionnées chacune par une autorisation : l'agrément préalable (AP) d'abord, l'autorisation d'exportation de matériels de guerre (AEMG) ensuite.

Dans l'exercice de ses attributions dans le domaine du contrôle des exportations, le Premier ministre est assisté d'une commission (la commission interministérielle pour l'étude des exportations de matériels de guerre – CIEEMG) dont la présidence est assurée par le Secrétaire général pour la défense et la sécurité nationale (SGDSN). Trois ministères, les affaires étrangères et européennes, la défense et les finances, sont membres permanents et disposent d'une voix délibérative. La commission est chargée de l'examen des dossiers au cas par cas. Elle exprime sur chacun un avis destiné à étayer la décision du Premier ministre.

Le double niveau d'autorisation vaut pour les demandes individuelles et les demandes traitées via une procédure dite « globale », les autorisations dites « générales » mentionnées par la directive n'existant pas dans le corpus juridique français propre aux matériels de guerre et matériels assimilés.

- L'agrément préalable (AP) est un accord écrit donné par le Premier ministre (qui donne délégation au secrétaire général de la défense et de la sécurité nationale) à toute personne ou organisme public ou privé qui a l'intention d'effectuer, pour les matériels visés par l'arrêté du 17 juin 2009, une des opérations visées par l'article 3 de l'arrêté du 2 octobre 1992. Cet agrément préalable a une durée de validité maximale de 3 ans.

Les demandes d'AP sont déposées par les exportateurs auprès du ministère de la défense et sont instruites selon l'une des quatre procédures suivantes, dont les règles sont précisées dans le Règlement intérieur de la CIEEMG (document classifié défense) :

- procédure normale (PN) : la Commission interministérielle d'étude des exportations de matériels de guerre (CIEEMG) étudie les demandes d'AP et formule un avis (favorable, défavorable ou ajournement). La CIEEMG peut décider de soumettre au cabinet du Premier ministre l'examen de certains dossiers présentant une sensibilité particulière sur le plan diplomatique, politique ou stratégique, ou qui n'ont pas recueilli un avis unanime des ministères à voix délibérative (MVD) ;
- procédure accélérée (PA) : il n'est recouru à cette procédure qu'en cas d'urgence avérée, sur l'initiative propre du ministère de la défense, à la demande d'un MVD de la CIEEMG, ou à la demande de l'exportateur. Dès réception d'une telle demande, le ministre de la défense procède à son instruction et la transmet au secrétariat de la Commission et à chacun des MVD. Sous 48 heures, ceux-ci transmettent leurs avis. Le SGDSN informe le ministère de la défense de la décision finale afin que ce dernier la notifie à l'industriel ;
- procédure en continu (PC) : cette procédure concerne les demandes qui satisfont à certains critères d'éligibilité (pays de destination, nature du client, type de matériel, montant financier) et concernent des opérations portant sur des matériels peu sensibles ayant déjà été présentés en commission. Le ministère de la défense adresse aux MVD les demandes par le biais d'un système d'information approprié (système électronique interministériel de contrôle des exportations sur les exportations, dit système SIEX). Après recueil des avis par le secrétariat de la CIEEMG, l'agrément préalable est présenté à la signature du Secrétaire général de la défense et de la sécurité nationale (SGDSN) ; la décision est notifiée par le ministère de la défense ;
- procédure regroupée (PR) : ce type de procédure permet d'instruire simultanément la demande d'agrément préalable et la demande d'autorisation d'exportation du matériel de guerre correspondante. Les règles d'éligibilité à cette procédure sont précisées dans le Règlement intérieur de la CIEEMG. Saisi par le ministère de la défense, le SGDSN recueille l'avis des MVD et autorise le ministère chargé des douanes à délivrer ou à refuser l'AEMG ;
- procédure globale : cette procédure peut couvrir, soit des opérations d'exportation s'inscrivant dans le cadre de coopérations industrielles ou intergouvernementales, notamment en application de l'Accord-cadre *LoI²*, soit

² Accord-cadre entre la République française, la République fédérale d'Allemagne, le Royaume d'Espagne, la République italienne, le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et le Royaume de Suède,

des exportations de matériels déjà référencés pour lesquels des agréments préalables ont été antérieurement délivrés. Les agréments préalables globaux (APG) concernent des matériels destinés à plusieurs clients d'un ou plusieurs pays, sans limite de quantité ou de montant. La durée de validité de ces agréments est fixée à trois ans au maximum. Ces agréments sont renouvelables par tacite reconduction.

- L'obtention d'une AEMG est obligatoire pour permettre le dédouanement des matériels et leur acheminement à l'étranger après le franchissement des frontières. D'une durée de validité de deux ans au maximum, l'AEMG est précédée, hors le cas de certaines exportations temporaires, de la signature du contrat ou de tout acte liant. Lors du dépôt de leur demande d'AEMG, les exportateurs joignent une copie du contrat ou de l'acte liant. Le ministère de la défense vérifie la cohérence de la demande et du contrat par rapport aux conditions de l'agrément préalable. Une fois ce contrôle effectué, le ministère de la défense transmet la demande d'exportation au SGDSN et aux autres MVD. Au vu des avis recueillis et après aval du SGDSN, le ministère chargé des douanes délivre l'AEMG. Les MVD et le ministère chargé des douanes peuvent solliciter l'examen de la demande en CIEEMG. Dans ce cas, la décision d'accord ou de refus est alors prise par le Premier ministre et notifiée par le ministère chargé des douanes. L'autorisation globale d'exportation des matériels de guerre (AGEMG) est le pendant de l'APG pour autoriser l'exportation de matériels dans les conditions fixées par l'APG. Elle est délivrée dans les mêmes conditions de quantité et de durée que l'APG, au vu d'un dossier présentant l'organisation du contrôle interne mise en place par la société pour maîtriser ses exportations et assortie de la condition d'adresser un compte rendu semestriel des livraisons effectuées.

Le dispositif répressif est réparti entre le code de la défense et le code des douanes. Le défaut d'autorisation de fabrication et de commerce ou d'agrément préalable est sanctionné par le code de la défense ; le défaut d'autorisation d'exportation est sanctionné par le code des douanes.

1.3. Les textes réglementaires actuellement applicables

Outre les textes de niveau législatif évoqués au paragraphe 1 ci-dessus, le dispositif réglementaire actuel repose principalement sur quatre textes.

Le décret n° 55-965 du 16 juillet 1955 *portant réorganisation de la commission interministérielle pour l'étude des exportations de matériels de guerre* définit la composition et le rôle de cette commission chargée d'examiner les demandes d'autorisation relative à la fabrication et à l'exportation des matériels de guerre. Aux termes de l'article 2 de ce décret, la CIEEMG, qui est présidée par le Secrétaire général de la défense et de la sécurité nationale (SGDSN), comprend un représentant du ministre des affaires étrangères et européennes, des représentants du ministre de la défense et un représentant du ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi. Son secrétariat est assuré par le SGDSN.

relatif aux mesures visant à faciliter les restructurations et le fonctionnement de l'industrie de défense européenne, signé à Farnborough le 27 juillet 2000, publié au JO par décret du 16 novembre 2001.

Le décret n° 95-589 du 6 mai 1995 modifié *relatif à l'application du décret du 18 avril 1939 fixant le régime des matériels de guerre, armes et munitions*³, détermine en son titre IV les cas de dérogation à la prohibition d'importation.

L'arrêté du 2 octobre 1992 *relatif à la procédure d'importation, d'exportation et de transfert des matériels de guerre, armes et munitions et des matériels assimilés* (cf. annexe 1), précise pour l'essentiel la procédure de délivrance des AIMG, des AP, des AEMG ainsi que des autorisations de transit (ATMG), et les cas de dérogation à la prohibition d'exportation.

L'arrêté du 17 juin 2009⁴ fixe la *liste des matériels de guerre et matériels assimilés soumis à la procédure d'exportation* prévue par l'arrêté du 2 octobre 1992.

Paragraphe 2 - Le tissu industriel : des acteurs nombreux et économiquement importants

2.1. Une multitude d'acteurs

2.1.1 Entreprises françaises exportatrices

Les exportations d'armements jouent un rôle important pour l'industrie française et le dynamisme de notre économie.

L'industrie française d'armement se compose d'une quarantaine de grands groupes (Thalès, EADS, SAFRAN, Dassault Aviation, DCNS, etc) et de plusieurs milliers de PME-PMI.

Les PME-PMI exportatrices (entre 300 et 400) participent à de nombreux contrats en qualité de sous-traitants et permettent à notre base industrielle et technologique de défense (BITD) de disposer de compétences variées. Elles sont notamment très actives sur des créneaux à haute technicité, où elles développent de nouveaux produits.

En 2009, environ 370 entreprises ont déposé des demandes d'autorisation préalable (AP) et d'autorisation d'exportation de matériels de guerre (AEMG) pour des exportations vers ou hors Europe.

2.1.2. Entreprises françaises importatrices

En 2009, environ 360 sociétés ont été destinataires de marchandises soumises à l'article 2 ter du code des douanes (matériels de guerre et matériels assimilés et produits explosifs militaires) pour un montant de 940 millions d'euros.

2.2. Le panorama chiffré des exportations

Les prises de commandes par nos partenaires européens représentent en moyenne 14 % du total des prises de commandes françaises au cours des 5 dernières années. En 2009, elles se sont élevées à 805,9 millions d'euros.

³<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000005618597&dateTexte=20100420>

⁴http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=BA2B7F67C7B723253ED92406803570F5.tpdjo06v_3?cidTexte=JORFTEXT000000539860&dateTexte=20090620

Les livraisons d'armement – à partir de la France – à destination des Etats membres de l'Union européenne se sont élevées à 807,8 millions d'euros, ce qui représentent 20 % des livraisons françaises d'armement en 2009.

Les principaux pays destinataires cette année ont été la Grèce, le Royaume-Uni, la Suède, l'Espagne et la Belgique.

En 2009, la France a délivré 6826 agréments préalables individuels, dont plus de 30% concernant les pays européens et 7080 autorisations d'exportation de matériel de guerre, dont 2204 concernant ces mêmes pays (31 %).

Enfin, au 31 mars 2010, 121 agréments préalables globaux avaient été délivrés (se substituant à l'équivalent de 1 500 AP simples par an), dont 110 APG concernant des pays européens (91%). 101 autorisations globales d'exportation (AGEMG) ont été délivrées au 30 mars 2010, dont 99 concernent des pays européens (98%),

Un panorama des exportations françaises vers les autres Etats membres de l'Union européenne est présenté dans les annexes 1 à 3.

2.3. Un poids économique conséquent

2.3.1. Le nombre d'emplois directs et indirects

L'industrie de défense représente en France représente 165 000 emplois directs et autant d'emplois indirects. Elle réalise un chiffre d'affaires de quinze milliards d'euros, dont un tiers est réalisé à l'exportation.

On estime à 50 000 le nombre d'emplois du secteur de l'armement directement liés aux exportations.

2.3.2. Le poids des exportations dans la balance commerciale

Déduction faite des importations de matériels étrangers et des compensations accordées dans le cadre des grands contrats, le solde des transferts d'armements est positif ; il s'élève à environ 4 milliards d'euros en moyenne chaque année alors même que les exportations d'armements ne représentent qu'une faible part, de l'ordre de 1,6 %, de l'ensemble du commerce extérieur de la France.

Section 2 – L'évolution européenne vers une directive relative aux transferts intracommunautaires

Paragraphe 1 – Le chemin vers l'adoption de la directive

La coopération européenne dans le domaine de l'armement connaît depuis plusieurs années une dynamique nouvelle, marquée par la volonté de certains Etats européens d'encourager la constitution d'une industrie européenne de défense forte. Cette volonté s'est traduite dès le 6 juillet 1998, par la signature d'une Lettre d'intention (*Letter of Intent - LoI*) par les ministres de la défense des six pays principaux producteurs d'armements en Europe : Allemagne, Espagne, France, Italie, Royaume-Uni et Suède. La *LoI* vise à établir un cadre commun⁵

⁵ Ses principes ont été transcrits dans un accord-cadre signé le 27 juillet 2000 à Farnborough et juridiquement contraignant, puisqu'il a valeur de traité international.

permettant la fluidification du marché et la mise en place d'un environnement favorable à une industrie de défense intégrée.

La *LoI* a tenté de surmonter les obstacles réglementaires à un espace de libre échange de produits de défense entre les 6 pays concernés. Les Etats parties à la *LoI* ont d'ores et déjà mis en œuvre le dispositif de « licence globale de projet » (LGP)⁶ pour simplifier les échanges industriels dans le cadre de projets ou de programmes gouvernementaux ou industriels.

Par ailleurs, ils ont élaboré un projet de licence globale autorisant des entreprises qualifiées de chaque Etat signataire à exporter des composants prédéterminés vers les forces armées ou les entreprises travaillant pour les forces armées de ces Etats. Ce projet, très avancé, n'a toutefois pas encore abouti.

Ces avancées, significatives, sont toutefois limitées aux Etats parties à la *LoI*. Le projet de circulation intracommunautaire de produits de défense proposé par la Commission dès le début de l'année 2006 est naturellement d'une autre ampleur. La France a reconnu l'intérêt de ce projet, tout en soulignant fortement les enjeux de souveraineté liés à ces questions et les risques touchant à la réexportation de ces biens hors des frontières européennes. C'est sous la Présidence française de l'Union européenne (juillet-décembre 2008) que cette directive a pu bénéficier d'un accord du Conseil et du Parlement en première lecture, après que notre pays ait progressivement obtenu toutes les assurances nécessaires sur ces enjeux de souveraineté.

Le Code de conduite⁷ a été transformé, le 8 décembre 2008, en Position commune 2008/944/PESC du Conseil, ce qui lui confère un caractère juridiquement contraignant pour les Etats membres. Ce texte vise, d'une part, à promouvoir la transparence et la responsabilité

⁶ Cette licence globale de projet (LGP) permet d'effectuer entre Etats Parties à un programme en coopération, l'ensemble des transferts nécessaires à la réalisation de ce programme de coopération. Elle permet également le transfert des produits issus de cette coopération vers les autres Pays *LoI* pour leur usage national. Cette LGP prend la forme pratique d'un Agrément préalable global (APG), suivi d'une Autorisation globale d'exportation de matériel de guerre (AGEMG). Elle est accordée sans limitation de montant ni de volume et s'applique tout au long de la vie du programme, y compris pour les échanges se rapportant au maintien en condition opérationnelle et au démantèlement. Si la priorité est donnée, encore aujourd'hui, aux pays *LoI* pour la délivrance d'autorisations globales, ce dispositif - conçu pour les échanges entre les six principaux pays européens producteurs d'armement - a été élargi au fil des années au bénéfice de pays tiers et en priorité au bénéfice de pays partenaires européens et alliés.

⁷ Le Code de conduite reprend, en les détaillant et en les précisant, les huit critères des sommets européens de Luxembourg (juin 1991) et de Lisbonne (juin 1992) qui inspiraient déjà les décisions françaises, et aboutit ainsi à un ensemble de critères plus opérationnels et plus précis :

- premier critère : respect des engagements internationaux des Etats ;
- deuxième critère : respect des droits de l'homme dans le pays de destination finale ;
- troisième critère : situation intérieure dans le pays de destination finale (existence de tensions ou de conflits armés) ;
- quatrième critère : préservation de la paix, de la sécurité et de la stabilité régionales ;
- cinquième critère : sécurité nationale des Etats membres et de leurs pays amis et alliés ;
- sixième critère : comportement du pays acheteur à l'égard de la communauté internationale, notamment son attitude envers le terrorisme, la nature de ses alliances et le respect du droit international ;
- septième critère : existence d'un risque de détournement du matériel à l'intérieur du pays acheteur ou d'une réexportation de celui-ci dans des conditions non souhaitées ;
- huitième critère : compatibilité des exportations d'armement avec la capacité technique et économique du pays destinataire, compte tenu du fait qu'il est souhaitable que les Etats répondent à leurs besoins légitimes de sécurité et de défense en consacrant un minimum de ressources humaines et économiques aux armements.

des Etats membres en matière de transferts d'armes vers les pays tiers et, d'autre part, à assurer la convergence des politiques d'exportation de matériels de guerre.

- L'incorporation, en juin 2009, de la liste commune des équipements militaires de l'Union européenne⁸ par la France dans sa réglementation nationale, alignant ainsi sa liste de contrôle sur celle de ses partenaires ;
- La reprise telle quelle, dans l'annexe de la directive 2009/43/CE, de la liste commune des équipements militaires publiée par le Secrétariat du Conseil au Journal Officiel de l'Union européenne au mois de mars de chaque année.

Paragraphe 2 - Les objectifs de la directive.

La directive poursuit trois objectifs essentiels :

2.1. Faciliter les échanges dans l'espace communautaire et créer un marché intérieur des équipements de défense.

La directive 2009/43/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 mai 2009 vise à réaliser un marché intérieur des produits liés à la défense sans nuire aux intérêts de sécurité des Etats membres.

Cet objectif général s'inscrit dans le contexte politique et économique plus large de la stratégie de Lisbonne, en ce qu'il doit contribuer au développement d'une base industrielle et technologique de défense compétitive en Europe, susceptible de servir d'appui concret à la politique commune de sécurité et de défense.

2.2. Améliorer la compétitivité et renforcer la coopération transnationale des entreprises.

La directive tire les leçons des obstacles politiques et réglementaires existants, ainsi que du développement limité des coopérations intergouvernementales.

En effet, comme le présente l'exposé des motifs⁹ de la directive, « *le marché européen de la défense est fragmenté en 27 régimes nationaux très différents les uns des autres sur les plans des procédures, du champ d'application et des délais à observer pour obtenir une licence, malgré les efforts de coordination d'un petit nombre d'Etats membres.*

Cette mosaïque de régimes d'octroi de licences représente une charge administrative substantielle pour les entreprises, mais a également une incidence importante sur les délais de livraison, les allongeant parfois de plusieurs mois. Toutes ces contraintes paraissent désormais clairement disproportionnées par rapport aux besoins réels de contrôle, les

⁸ La position commune 2008/944/PESC dispose que la liste commune des équipements militaires de l'UE, qui lui est annexée, sert de référence pour les listes nationales de technologie et d'équipements militaires des États membres, mais qu'elle ne les remplace pas directement. La liste commune des équipements militaires de l'Union européenne, issue directement de la « *Munitions List* » élaborée et actualisée chaque année dans le cadre de l'Arrangement de Wassenaar, est reprise par le Conseil au mois de mars de chaque année

⁹ Proposition de DIRECTIVE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL simplifiant les conditions des transferts de produits liés à la défense dans la Communauté (présentée par la Commission) {SEC(2007) 1593}{SEC(2007) 1594}, Bruxelles le 5.12.2007, COM(2007) 765 final, 2007/0279 (COD) et accessible au <http://www.europarl.europa.eu/oeil/OpenDetailFiche.do?ficheId=1502&language=fr>

demandes de licences pour des transferts intracommunautaires n'étant pratiquement jamais rejetées.

Chaque transfert devant faire l'objet d'une autorisation individuelle, l'incertitude juridique qui en découle empêche les industries de la défense et les gouvernements des Etats membres de l'Union de se fier totalement à leurs chaînes d'approvisionnement.

Ces différences entre les Etats membres nuisent gravement à la compétitivité des industries concernées, font obstacle à la construction progressive d'un marché européen des équipements de défense et entravent le fonctionnement du marché intérieur. »

Les transferts intracommunautaires ne représentent plus, après un demi-siècle d'intégration européenne, un risque comparable pour la sécurité nationale à celui qui pèse sur les exportations à destination de pays tiers. A l'heure actuelle, les transferts dans l'Union sont traités de la même manière que les exportations vers les pays tiers, les Etats membres étant, de fait, assimilés à des pays tiers. Or, cela n'est pas justifié comme l'illustre le très faible nombre de refus de licences (en 2003, 13000 licences autorisant des transferts intracommunautaires et seulement 15 demandes refusées).

Dès lors, la directive propose, sans supprimer le principe de l'autorisation, une ouverture maîtrisée et progressive du marché européen, en fonction de la sensibilité des produits transférés. Cette approche devrait permettre à tous les acteurs du secteur de l'armement de développer progressivement la confiance mutuelle avant d'envisager éventuellement une simplification plus poussée.

Toutefois, l'efficacité d'une harmonisation du marché européen suppose qu'une opération commerciale ne soit soumise, au sein de l'union européenne, qu'à une seule autorisation, celle de l'Etat membre du transfert d'origine. Toutes les autres autorisations requises aujourd'hui par les autres Etats membres pour la circulation des matériels militaires (autorisation de transit et autorisation d'importation) doivent disparaître, afin que le marché soit rendu plus fluide.

2.3. Ouvrir les marchés tout en sécurisant les approvisionnements et l'équipement des forces armées

La sécurité des approvisionnements des forces armées est un souci majeur de tous les Etats européens, en particulier ceux dépourvus de base industrielle de défense. Cette sécurité exige, d'une part, la garantie que l'opération d'approvisionnement sera autorisée et, d'autre part, qu'elle bénéficiera de délais administratifs rapides de contrôle.

Ces incertitudes en matière d'approvisionnement conduisent parfois nos partenaires présents à nos côtés sur des théâtres d'opérations extérieures à préférer s'approvisionner aux Etats-Unis ou ailleurs, pénalisant de ce fait nos industriels.

L'un des enjeux majeurs est de permettre aux entreprises des grands pays producteurs européens, dont la France, de concurrencer efficacement les acteurs extra-européens en assurant une meilleure réactivité aux appels d'offres des forces armées voisines et des sociétés européennes.

Paragraphe 3 - Les principes de la directive

3.1. Un principe général : la liberté encadrée du commerce et de l'industrie

La logique qui a inspiré les institutions européennes pour faire évoluer le marché des équipements de défense n'est pas celle de la prohibition, spécifique au droit français, mais celle de la liberté encadrée du commerce et de l'industrie.

Cette logique se traduit en l'espèce par la conciliation suivante :

- Réaliser le marché intérieur par l'effet d'un cadre juridique harmonisé valable sur l'ensemble du territoire de l'Union européenne, ce qui signifie :
 - permettre aux entreprises européennes de défense de bénéficier d'un plus haut degré de sécurité juridique et d'une visibilité à plus long terme de leur stratégie ;
 - éliminer ou réduire les distorsions et discriminations basées sur le pays d'origine ou les activités de l'entreprise ;
 - favoriser une coopération efficace entre les autorités publiques et les entreprises, en allégeant la charge administrative grâce aux investissements réalisés par ces dernières pour améliorer leurs systèmes de gestion et d'information, ainsi que le contrôle de qualité et de traçabilité.
- Prendre en compte les exigences de sécurité ; cet objectif implique de concevoir un contrôle commun et global *via* :
 - le développement des licences générales et globales et le maintien des licences individuelles pour les opérations les plus sensibles ;
 - la mise en place d'un système européen de certification fondé sur le contrôle interne, l'autorégulation et l'autodiscipline des entreprises.
 - le renforcement des mécanismes de traçabilité et de contrôle *a posteriori* : connaître la quantité et la qualité de ce qui est réellement transféré, savoir qui effectue le transport, où les produits sont localisés et s'ils ont bien été délivrés suppose la mise en place d'un contrôle *a posteriori*.

Ainsi, le nouveau système de contrôle des transferts n'affectera pas notre sécurité ou la rigueur du contrôle. Au contraire, en facilitant les échanges intracommunautaires de matériels militaires, il renforcera notre sécurité d'approvisionnement et la base industrielle et technologique de défense (BITDE).

3.2. Harmoniser les instruments de contrôle des transferts intracommunautaires : licences, certifications et contrôles *a posteriori*

Le régime des transferts intra-communautaires demeure un régime d'autorisation préalable, fondé sur la délivrance de licences de transfert effectuée de manière harmonisée. Il conduit à supprimer les autorisations nationales d'importation et de transit à l'intérieur de l'Union européenne.

Les licences de transfert peuvent revêtir trois formes :

- les licences générales - qui constituent le cœur du dispositif – comporteront des listes de matériels identifiés (par catégories et sous-catégories de la liste militaire – ML), publiées par arrêté et pouvant être transférées directement vers tous les Etats membres

sans discrimination (destinataires publics/privés) et sans limitation de quantité ou de montant ;

- les licences globales comporteront des listes de matériels pour un ou plusieurs destinataires prédéterminés, sans limitation de quantité ou de montant ;
- les licences individuelles autoriseront un fournisseur à transférer des quantités spécifiées d'un ou plusieurs matériels identifiés, en une ou plusieurs expéditions vers un destinataire précisément identifié.

La fiabilité du nouveau système reposera sur la confiance accordée, *a priori*, aux entreprises bénéficiaires de licences globales ou générales, ainsi que sur le contrôle *a posteriori* du respect de leurs obligations.

Dans ce cadre, les fournisseurs seront tenus de délivrer certaines informations :

- aux destinataires, d'une part, sur les conditions dont la licence de transfert est assortie, et d'autre part sur les restrictions attachées à cette licence par l'Etat du pays du transfert d'origine (utilisation finale des matériels ou contraintes à l'exportation hors Union européenne) ;
- au ministère de la défense d'autre part, lorsque les entreprises auront l'intention de recourir, pour la première fois, à une licence générale.

Dans le cas particulier de la licence générale à destination des « entreprises certifiées », les matériels transférés par le biais de cette licence générale ne pourront être reçus dans un pays membre de l'Union européenne que par des destinataires certifiés, sur la base de critères de fiabilité constituant le référentiel de certification.

Bien que la mise en place de la certification demeure une prérogative strictement nationale, une approche cohérente de la procédure de certification au niveau européen a été jugée souhaitable et fortement encouragée par la Commission.

Par ailleurs, la directive prévoit que les Etats membres doivent instituer des sanctions « dissuasives, efficaces et proportionnées », notamment en cas de manquement à l'obligation d'information par les fournisseurs ou de non respect des restrictions à l'exportation.

3.3. Préserver les impératifs de sécurité des Etats membres

Pour garantir le bon fonctionnement du marché intérieur, la directive vise à limiter les obstacles qui entravent la circulation des produits liés à la défense au sein de l'Union européenne. Cependant, elle conserve toute faculté aux États membres de prendre les dispositions requises par les impératifs d'ordre public ou de sécurité publique.

Elle réserve expressément la faculté d'appliquer les articles 36 et 346 du TFUE si les Etats le jugent nécessaire. En outre, la directive préserve aux États membres leur entière liberté de décision en ce qui concerne leur politique d'exportation des produits liés à la défense en dehors de l'Union européenne.

Par ailleurs, pour assurer l'objectif poursuivi d'harmonisation, le système de licences de transfert repose sur des conditions de confiance mutuelle. A cet égard, la directive prévoit des

garanties assurant que les produits liés à la défense ne seront pas exportés vers des pays tiers en violation des restrictions à l'exportation énoncées dans les licences délivrées initialement par les Etats membres. Ce principe devra également être respecté dans les cas où les produits liés à la défense feront l'objet de plusieurs transferts entre États membres avant d'être exportés vers un pays tiers.

Enfin, la directive permet aux Etat membres de restreindre, suspendre ou retirer, pour des raisons de protection des intérêts essentiels de sécurité, les licences qu'ils ont délivrées (voir § 1.5 de la section 2 du chapitre 3).

Chapitre 2 - LES OBJECTIFS POURSUIVIS

Section 1 - La transposition de la directive

L'objectif principal du présent projet de loi est de transposer la directive, dans le strict respect de ses considérants, de ses dispositions juridiques et de son calendrier.

Le Gouvernement a élaboré la transposition de la directive selon les trois orientations suivantes :

- une transposition ambitieuse qui, profitant de la dynamique de simplification insufflée par la directive, procède à une réforme d'ensemble de notre dispositif de contrôle des exportations ;
- une transposition menée en concertation avec nos plus proches partenaires européens, politique très volontariste, favorisée par la présidence française du sous-comité 2 de la *LoI* dédié aux procédures d'exportation ;
- une transposition conduite en concertation avec les entreprises sous des formats variés et associant également les PME/PMI.

Section 2 - Les objectifs hors transposition

Le Gouvernement a décidé de mettre à profit le contexte de la transposition de la directive 2009/43/CE pour procéder à une réforme globale du dispositif de contrôle des exportations d'armements (hors Union européenne), sur la base de nombreuses réflexions engagées à ce sujet depuis quelques années.

Cette réforme d'ampleur ne découle pas des dispositions de la directive, qui ne détaille aucunement la forme juridique que doivent prendre les autorisations. Toutefois, les mesures élaborées de réforme du contrôle des exportations (hors Union européenne) visent le même objectif de simplification et d'amélioration du contrôle des activités industrielles et commerciales d'armements que la directive européenne.

L'analyse du volume annuel d'AP examinés en CIEEMG (6000 à 7000 par an) a permis de constater que seule la moitié est assortie de conditions particulières (réserves, clauses techniques) dont le respect par l'industriel doit être vérifié pour permettre la délivrance des

autorisations d'exportation. Il apparaît donc envisageable de mettre en place un traitement différencié des opérations selon qu'elles sont ou non soumises à conditions.

Le Gouvernement a tiré parti de l'ensemble de ces réflexions pour rénover le contrôle des exportations en se basant sur les principes suivants :

- simplification des instruments de contrôle : seront instituées des licences dites uniques d'exportation et de licences générales d'exportation ;
- lisibilité et accessibilité au droit : les licences dites uniques ainsi que les licences générales seront instituées et gérées de manière identique¹⁰ dans le domaine du contrôle des transferts et du contrôle des exportations ;
- extension au contrôle export de la « culture du contrôle *a posteriori* » : issues en partie de la directive, les dispositions suivantes traduiront ce principe : primo-enregistrement pour l'usage des licences générales, tenue du registre des exportations, déclaration semestrielle par les entreprises des prises de commandes et des matériels exportés ;
- rationalisation du système d'information afin de conduire une réforme au moindre coût.

Le projet de loi prend en compte cette réforme majeure et propose une réécriture du chapitre 5 du Titre III du Livre III de la deuxième partie législative du code de la défense. Elle crée deux sections :

- Section 1 : Importations et exportations hors du territoire de l'Union européenne
- Section 2 : Transferts au sein de l'Union européenne.

Chapitre 3 - LES OPTIONS PERMETTANT D'ATTEINDRE LES OBJECTIFS

Introduction

L'objectif de cette directive étant de simplifier les règles et les procédures applicables aux transferts intracommunautaires des produits liés à la défense, ses dispositions imposent aux Etats membres un cadre minimum de règles pour lesquelles la marge de manœuvre en termes de transposition est limitée du fait de la nécessité d'obtenir un système harmonisé de contrôle des transferts.

Ainsi, le champ d'application de cette directive (les biens concernés) sera modifié chaque année par les Etats membres pour l'aligner de façon rigoureuse sur la liste commune des équipements militaires de l'Union européenne.

¹⁰ La symétrie de la réforme, sur le volet export et sur le volet transferts, n'est écartée qu'au niveau de la déclaration en douanes ; celle-ci disparaît pour les transferts mais est maintenue pour le volet export (à l'exception de l'attestation de passage en douanes qui est supprimée à la fois pour les exportations et les transferts).

La directive impose également que les transferts de produits liés à la défense assimilés entre Etats membres sont soumis à la délivrance d'une autorisation préalable. En conséquence, plus aucune autre autorisation émanant d'autres Etats membres n'est requise pour que le transfert de ces matériels puisse être effectué au sein de l'Union européenne.

Cette autorisation préalable doit prendre l'un des trois formes suivantes : une licence générale de transfert, une licence globale de transfert ou une licence individuelle de transfert.

Les fournisseurs doivent informer les destinataires des conditions dont est assortie la licence, en particulier les restrictions concernant l'utilisation finale ou l'exportation hors Union européenne des matériels concernés. Ils doivent également informer l'administration de leur intention d'utiliser une licence générale de transfert pour la première fois. Ils ont, par ailleurs, l'obligation de tenir un registre détaillé et complet de leurs transferts, qu'ils doivent conserver pendant une période déterminée par la législation de chaque Etat membre.

Les destinataires de produits liés à la défense au titre de licences générales de transfert publiées par d'autres Etats membres doivent être certifiés. Cette certification, qui établit la fiabilité de l'entreprise destinataire, est mise en œuvre par chaque Etat membre sur la base de critères fixés par la directive.

Enfin, la directive impose aux Etats membres de veiller à ce que, lors du dépôt d'une demande d'autorisation d'exportation, les destinataires de produits liés à la défense reçus au titre d'une licence de transfert d'un autre Etat membre, respectent les restrictions à l'exportation imposées, le cas échéant, par cet autre Etat membre.

Tels sont les dispositions précises et inconditionnelles de la directive.

Section 1 - Les choix de transposition des autres Etats membres

A l'occasion des travaux du Groupe de travail informel sur la certification, mis en place par la Commission européenne à partir de janvier 2010 pour aider les Etats membres à converger en matière de certification, la délégation française a noté trois types d'enjeux différents pour la transposition selon les Etats membres :

- les pays de la *LoI* ont engagé pour la plupart des travaux de réflexion sur la transposition dès le début du printemps 2009 et mis en place une stratégie et un rythme soutenus de transposition. Le Royaume-Uni et l'Allemagne, qui disposent de licences générales et d'un système comparable de certification des entreprises, éprouveront moins de difficultés que les autres ;
- les pays disposant d'une base industrielle de défense de taille modeste sont intéressés par la perspective de faire participer leurs entreprises à la nouvelle donne de l'industrie de l'armement européen. Ces Etats misent avant tout sur la rénovation ou la consolidation de leur dispositif de contrôle des exportations et la mise en place d'une certification des sociétés crédible aux yeux des grands pays producteurs ;
- enfin, les autres Etats n'ayant ni base industrielle ni besoins d'approvisionnement importants s'orienteraient vers une transposition *a minima*, dans le strict respect de la directive. Certains de ces Etats n'auraient même pas d'entreprises à certifier.

Au sein des pays de la *LoI*, la transposition de la directive comporte des enjeux différenciés selon l'état de leur législation nationale :

- Le Royaume-Uni, dont le dispositif de licences générales et de contrôle *a posteriori* a directement inspiré la philosophie de la directive, semble devoir néanmoins adapter significativement son dispositif de contrôle. Certaines de ses *Open General Export Licenses*¹¹ (19) doivent être adaptées au cadre communautaire de non-discrimination. Par ailleurs, la procédure actuelle de « certification » des entreprises (*compliance*) devra être renforcée au regard des exigences de la directive, à tout le moins pour les destinataires britanniques de transferts. Enfin, l'administration britannique devra reconsidérer la question de la réexportation et est invitée par la directive à la maîtriser, alors que culturellement cette notion était jusqu'alors jugée antinomique du droit de propriété.
- L'Allemagne mène de front, tout comme la France, la transposition de l'ensemble des volets de la directive. Ayant fortement appuyé la France pour éviter que soient certifiables les sociétés de courtage ou d'intermédiation, elle encourage ses autres partenaires à ne certifier que les grands groupes et sous-systémiers intégrateurs, engagés exclusivement dans un schéma industriel de fabrication. Elle souhaite écarter les centrales d'achats/distributeurs qui, dans certains pays, jouent pourtant un rôle pivot d'approvisionnement des forces armées. Enfin, confrontée à la rigueur et à la nécessité d'adapter sa loi constitutionnelle sur le contrôle des matériels de guerre, ses choix de licences générales devraient se rapprocher fortement des choix français.
- La Suède, dont la base industrielle est plus étroite (moins de 150 entreprises de défense), se prépare à abandonner sa liste nationale de contrôle et à adopter la liste commune des équipements militaires de l'Union européenne. Pour ce qui est de la certification, elle compte certifier 20 à 30 sociétés représentant l'essentiel de l'activité industrielle d'armement suédoise. Tout comme l'Allemagne, elle paraît disposée à s'inspirer de la « licence globale composants » de la *LoI* pour bâtir ses licences générales.

Section 2 – Les options de la transposition en France

L'annexe 7 comporte un tableau de correspondance indiquant la traduction - législative ou réglementaire - de chaque disposition de la directive.

Paragraphe 1 - L'introduction des licences de transfert.

1.1. Le concept de licence de transfert.

L'article 4.1 de la directive précise que le régime des transferts est un régime d'autorisation. Il se distingue du régime français actuel des exportations par le fait qu'il se fonde sur la liberté encadrée du commerce et d'industrie et non sur celui de la prohibition.

Le dispositif français d'autorisation individuelle et globale répondra aux obligations de la directive en se fondant désormais sur le principe de liberté encadrée de commerce et

¹¹<http://www.businesslink.gov.uk/bdotg/action/detail?r.s=m&r.l4=1084304448&r.l1=1079717544&r.lc=en&r.l3=1084228524&r.l2=1084228483&r.i=1084315282&type=RESOURCES&itemId=1084304669&r.t=RESOURCES>

d'industrie dans l'espace communautaire. Il n'existe pas d'autre option. Le concept de « licence » est donc introduit¹² dans la réglementation française relative aux matériels de guerre, armes et munitions.

Ce concept de licence est juridiquement compatible avec le mécanisme français de double niveau d'autorisation, tel qu'exposé dans la 1^{ère} partie *supra* (agrément préalable pour la négociation et la conclusion d'un contrat ; autorisation d'exportation des matériels), actuellement en vigueur pour les exportations.

En effet, le considérant 18 indique que : « *Il convient que les Etats membres déterminent le type approprié de licence de transfert pour les produits ou catégories de produits liés à la défense, pour chaque type de transfert, et les conditions dont il convient d'assortir chacune des licences de transfert, compte tenu de la sensibilité des transferts* ». En outre, le considérant 28 de la directive prévoit que : « *la marge de manœuvre des Etats membres concernant la définition des conditions des licences de transfert générales, globales et individuelles devrait être suffisamment flexible pour permettre de poursuivre les efforts de coopération dans le cadre international existant en matière de contrôle des exportations* ». La préservation de la marge de manœuvre des Etats membres est encore rappelée au considérant 30, qui indique que : « *la présente directive ne devrait pas affecter la possibilité, pour les Etats membres de déterminer les conditions des licences de transfert* ». Surtout, le paragraphe 6 de l'article 4 de la directive rappelle cette autonomie en prévoyant : « *les Etats membres déterminent toutes les conditions des licences de transfert, y compris d'éventuelles restrictions à l'exportation (...)* ». Enfin, les articles consacrés plus précisément aux licences globales et aux licences individuelles ne précisent pas les procédures qui doivent précéder leur délivrance.

La directive ne donnant ainsi aucun détail sur les procédures d'autorisation de transfert, exception faite des licences générales, qui sont de nouveaux outils, il est incontestable que la détermination de ces procédures reste de la compétence des Etats membres.

Comme indiqué précédemment, la licence de transfert pourra prendre trois formes en fonction de la sensibilité des matériels concernés, à savoir la licence individuelle, globale et générale.

Le concept de licence ne remettra donc pas en cause le caractère interministériel et la compétence du Premier ministre dans la délivrance de l'autorisation, après avis de la CIEEMG. Cette dernière conservera ainsi un rôle central, tant dans le dispositif français de contrôle des transferts intracommunautaires de produits liés à la défense que dans celui des exportations hors Union européenne.

Le rôle du ministère de la défense dans la gestion des procédures sera également inchangé ; il restera le guichet d'entrée de toutes les demandes de transfert.

• **Choix des matériels relevant des licences individuelles.** La directive encadre le recours à la licence individuelle par des conditions exigeantes (consistance du flux annuel de transferts, risques d'atteinte aux intérêts essentiels de sécurité). Seront donc soumis à l'examen au cas par cas les matériels qui sont jugés très sensibles pour la sécurité de nos forces armées (ex. cryptologie) ou qui relèvent de technologies devant être protégées (plates-formes de combat complètes, matériels de renseignement militaire, etc.). Cette approche a été élaborée

¹² La réglementation française relative au contrôle des exportations des biens et technologies double usage connaît déjà le principe de la licence (individuelle, globale et générale).

de manière approfondie en concertation avec certains de nos partenaires européens (notamment allemands, britanniques et suédois).

• **Choix des matériels pour les licences globales.** Par construction, les matériels non éligibles à la licence générale et non soumis aux conditions particulières de la licence individuelle feront l'objet de licences globales. Celles-ci couvriront notamment des opérations industrielles complexes où les participants ainsi que le champ des matériels sont prédéterminés (ex : l'avion de transport militaire A400M).

1.2. Les options de mise en œuvre de la licence générale de transfert

La France ne dispose pas actuellement de licences générales. Il s'agit d'un instrument nouveau que la transposition de la directive nous impose d'intégrer dans le droit national. Des licences générales de transfert seront donc créées. D'autres pourraient être publiées ultérieurement.

• **Six licences générales de transfert**

La directive impose la mise en place *a minima* de quatre licences générales. La France pourrait en publier six au total, en scindant en deux les licences générales n° 3 et n° 4 prescrites par la directive.

Ces six licences générales seraient les suivantes :

- licence générale n° 1 vers les forces armées ou leurs pouvoirs adjudicateurs ;
- licence générale n° 2 vers les entreprises certifiées ;
- licence générale n° 3 A pour les salons internationaux ;
- licence générale n° 3 B pour les essais et démonstrations ;
- licence générale n° 4 A pour le renvoi de matériels à l'étranger, suite à une réparation en France ;
- licence générale n° 4 B pour la réparation de matériels dans un autre Etat membre.

Le périmètre des matériels sera spécifique à chaque licence générale.

Le principe de la licence générale sera inscrit dans la loi conformément à l'article 34 de la constitution, dès lors qu'il fixe une condition à l'exercice d'une liberté publique (à savoir : la liberté du commerce et de l'industrie). Son organisation, son fonctionnement et les procédures afférentes seront précisés dans les textes réglementaires.

• **Procédures**

Les arrêtés de licence générale de transfert préciseront les conditions et les matériels sélectionnés et seront publiés au *Journal Officiel*. Ce seront des arrêtés interministériels signés par le secrétaire général de la défense et la sécurité nationale (SGDSN), par délégation du Premier ministre.

Dès que les arrêtés portant licences générales seront publiés au *Journal Officiel*, les industriels éligibles à cette nouvelle autorisation pourront demander à s'en prévaloir en adressant à l'administration une déclaration d'enregistrement pour la première utilisation de la licence générale concernée (dit « primo-enregistrement »). En recourant à cette formalité, ils se feront connaître de l'administration comme étant utilisateurs de la ou des licence(s) générale(s) concernée(s) et recevront, dans un délai d'un mois, un numéro d'enregistrement

devant accompagner toutes leurs expéditions de matériels effectuées au titre de la licence générale utilisée.

Dans sa déclaration de primo-enregistrement, l'industriel indiquera ce qu'il souhaite transférer au titre de la licence générale, au regard des matériels qu'il produit et commercialise habituellement. A cette occasion, l'administration s'assurera que l'industriel ne commet aucune erreur de lecture de la licence générale ou de la liste commune des équipements militaires de l'Union européenne. Elle pourra aussi attirer son attention, dans certains cas, sur le fait que les données qu'il compte transférer au titre de la licence générale sont classifiées et, dans ce cas, il devra déposer une demande de licence individuelle.

L'industriel devra respecter toutes les conditions inscrites dans la licence générale de transfert concernée, faute de quoi cette omission (frauduleuse ou non) sera considérée comme un défaut d'autorisation, assorti de sanctions pénales.

• **Choix des matériels**

La France a fait le choix de proposer un grand nombre de matériels peu sensibles ou moyennement sensibles. La sélection des matériels sera beaucoup plus étendue dans le projet de licence générale n°1 que dans le projet de licence générale n° 2, la première s'appliquant à des forces armées tandis que la seconde s'adressera aux sociétés certifiées. La sécurité qu'offrent les marchés publics des forces armées justifie que la licence générale n° 1 soit sensiblement plus fournie.

Le projet de licence générale n° 2, qui répondra à une approche plus prudente, devrait couvrir une quinzaine de catégories de matériels de la liste commune des équipements militaires de l'Union européenne¹³. Les matériels susceptibles d'être retenus correspondent globalement à trois familles :

- les composants de plates-formes terrestres (ML.6), navales (ML.9) et aéronautiques (ML.10), peu sensibles, et sources de flux importants vers toute l'Europe ;
- les matériels et composants moyennement sensibles à forte capacité de flux (munitions gros calibres (ML.3), produits explosifs (ML.8), protection NBC (ML.7), pour lesquels il existe un marché européen concentré de quelques groupes identifiés ;
- les matériels et composants moyennement sensibles et à forte valeur ajoutée technologique (matériels intégrés de vision nocturne (ML.15), matériels de guidage et de navigation (ML.11), sur lesquels notre industrie a déjà établi son avantage commercial.

La composition de ce projet de licence générale n° 2 est très avancée au moment où est finalisée la présente étude d'impact. Elle a toutefois vocation à évoluer en fonction notamment des discussions avec nos partenaires de la *LoI*, avec lesquels une approche convergente est recherchée.

1.3. Restrictions à l'exportation

La directive prévoit expressément la possibilité que les licences de transfert puissent comporter des conditions et des restrictions à l'exportation.

¹³ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:069:0019:0051:FR:PDF>

La politique française en matière de clauses de non-réexportation et d'utilisation finale restera inchangée pour ce qui concerne les licences individuelles et les licences globales. Le CERFA n°10 919*02 (cf. annexe n° 4) existant, dûment renseigné, sera requis dès lors que les autorités françaises souhaiteront des engagements de non-réexportation de nos partenaires de l'Union européenne pour tel ou tel matériel bien précis, du fait de sa sensibilité.

Toutefois, pour les licences générales n° 1 et n° 2, des lignes directrices suivantes ont été dégagées :

- la très grande majorité des matériels retenus sera exempte de restrictions à l'exportation ;
- pour d'autres matériels sélectionnés, une déclaration d'utilisation du matériel acheté de la part du destinataire pourra suffire. Par cette déclaration, l'acheteur s'engagera à intégrer le composant dans un équipement et, par conséquent, à ne pas l'exporter en l'état. Cette contrainte devra également, lors de la transaction commerciale, faire l'objet d'une mention expresse dans le contrat ou tout acte liant ;
- enfin, un engagement de non-réexportation sera exigé pour quelques matériels spécifiques, jugés plus sensibles. La clause de non-réexportation inscrite dans la licence générale devra être reportée par le fournisseur français dans le contrat (ou tout acte liant) afin notamment que l'acheteur soit informé de cette condition. Ce dernier devra solliciter l'autorisation du Gouvernement français avant toute exportation du matériel concerné en dehors de l'Union européenne.

Cette politique de non-réexportation sera ciblée en fonction de la sensibilité du produit, au regard notamment :

- de la protection de nos forces armées déployées sur des théâtres extérieurs et de leur potentiel opérationnel (exemple : les cartouches filtrantes NRBC) ;
- de la protection de notre technologique (exemple : moteurs d'avions de combat) ;
- de notre politique de lutte contre la prolifération et la dissémination d'armes légères et de petits calibres (ALPC) et de leurs munitions.

L'option d'écarter toute restriction à l'exportation ou de déclaration d'utilisation n'a pas été retenue par le Gouvernement. La sensibilité d'un certain nombre de matériels éligibles aux licences générales n° 1 ou n° 2 incite à une approche prudente, au moins pour les premières années de fonctionnement du dispositif.

Le projet de loi prévoit donc la possibilité que les licences de transfert puissent comporter des restrictions à l'exportation. Les modalités décrites ci-dessus sur la mise en œuvre de la clause de non-réexportation et de la déclaration d'utilisation répondent pleinement à l'esprit et à la lettre de la directive visant à simplifier les échanges intracommunautaires de matériels militaires.

1.4. Les options en matière d'information et de contrôle

La directive impose que le destinataire soit informé des conditions, notamment celles relatives à l'exportation, portant sur le matériel transféré. Cette information s'effectuera, par écrit, par

le biais de documents contractuels ou actes liants. Ces documents devront être conservés par le fournisseur pendant un délai de dix ans minimum. A tout moment, ce dernier devra donc être en mesure de prouver qu'il a effectué les démarches nécessaires pour se conformer à ses obligations d'information.

Le projet de loi pose expressément les principes de base de cette obligation d'information et indique que le contrat ou tout autre acte liant sera le support juridique de cette obligation d'information.

1.5. La possibilité de suspension, modification, abrogation ou retrait des licences de transfert

Il s'agit d'une disposition obligatoire découlant de la directive. On doit noter que ce type de mesure sera susceptible de générer des contentieux (voir le 4^{ème} partie le paragraphe intitulé « impact juridique »).

Paragraphe 2 - La suppression des autorisations d'importation et de transit

La directive dispose en son article 4.1 qu' « aucune autre autorisation d'autres Etats membres n'est requise aux fins du passage par des Etats membres ou de l'entrée sur le territoire de l'Etat membre où le destinataire des produits liés à la défense est situé, sous réserve de l'application de dispositions nécessaires pour des raisons de sécurité publique ou d'ordre public, en matière de sécurité des transports internationaux notamment ».

Ces dispositions impliquent qu'une société souhaitant transférer un produit non sensible vers un autre Etat membre :

- ne déposera qu'une demande de licence en France ;
- n'aura plus à solliciter une autorisation de transit pour le passage en provenance et à destination d'autres Etats membres.

Par ailleurs, aucune autorisation d'importation ne sera exigée par l'Etat membre de destination.

Cette disposition est la condition *sine qua non* pour mettre en place un marché communautaire des produits de défense le plus fluide possible.

1 - 360 AIMG ont été délivrées en 2009 pour des transferts en provenance d'autres Etats membres (sur un total de 1779 autorisations d'importation).

Dans le cadre du projet de loi, les autorisations d'importation (prévues actuellement à l'article L. 2335-1 du code de la défense) seront supprimées pour tout transfert provenant d'un autre Etat membre de l'Union européenne.

2 - L'autorisation de transit, prévue en droit français par l'arrêté du 2 octobre 1992, sera supprimée pour les passages par le territoire national des biens en provenance d'un Etat membre. En 2009, 381 autorisations de transit de matériels de guerre (ATMG) ont été délivrées pour des transits intracommunautaires (sur un total de 663 autorisations de transit).

Le projet de loi prévoit que les licences de transfert publiées ou notifiées par un Etat membre de l'Union européenne autoriseront l'entrée ou le passage par le territoire national, sous

réserve de l'application de dispositions nécessaires par les exigences de la protection de la sécurité publique.

A cet égard, il doit être précisé que l'introduction en France de produits explosifs destinés à des fins militaires continuera d'être soumise à autorisation d'importation de produits explosifs (AIPE).

Paragraphe 3 - La certification

3.1. Le principe de la certification et le format des entreprises à certifier.

La certification sera une formalité obligatoire imposée aux entreprises par l'administration si elles souhaitent recevoir des matériels militaires par le biais des licences générales publiées par les autres Etats membres. Elle sera une facilité octroyée, dans un premier temps, après l'audit approfondi de certification, aux entreprises ayant une activité d'intégration significative et un flux d'approvisionnement important en provenance des autres Etats membres.

Les échanges avec les entreprises laissent entrevoir, qu'au-delà des grands groupes industriels (qui postuleront aisément pour bénéficier de cette certification), un certain nombre de moyennes entreprises seraient également intéressées. On peut donc s'attendre à une augmentation progressive du nombre d'entreprises certifiées, passant de 50 environ correspondant aux grands groupes, à leurs filiales et une dizaine d'entreprises moyennes, à 150 environ lorsque nos partenaires auront mis en place des licences générales et que le bénéfice d'une certification sera perçu par l'ensemble du tissu industriel.

Ce chiffre est en adéquation avec les moyens que l'administration est en mesure de mobiliser pour procéder convenablement aux audits de certification (qu'il s'agisse de la première certification ou du renouvellement de la certification). En tenant compte du modèle britannique de certification à l'exportation tel qu'il existe aujourd'hui (une équipe de 10 personnes assurant le contrôle *a posteriori* et la certification de 1600 entreprises, dont 500 essentielles), le ratio français devrait être d'environ 4 agents certificateurs pour un portefeuille estimé à 150 entreprises environ.

Le projet de loi pose le principe de la certification et renvoie aux textes réglementaires pour ce qui concerne les critères de certification et les modalités de délivrance du certificat.

3.2. Le rôle clé de l'administrateur personnellement responsable.

La fiabilité du contrôle interne des entreprises ne pourra être établie que si un administrateur dûment désigné assure la supervision de la politique de contrôle interne de la société et assume la responsabilité en cas de manquement aux engagements.

Les travaux d'un groupe de travail informel de la Commission européenne ont conduit à préciser que cet administrateur sera le représentant légal de la société ou un haut responsable ayant délégation (membre du conseil d'administration par exemple). Les Etats membres ont sur ce point une exigence unanime.

En France, la Cour de cassation considère que le chef d'entreprise, qui dispose de l'ensemble des moyens matériels, humains et financiers pour diriger son entreprise, est responsable pénalement des fautes commises dans le cadre de l'activité de celle-ci. Il peut toutefois déléguer ses pouvoirs à un préposé investi par lui et pourvu de la compétence, de l'autorité et

des moyens nécessaires pour veiller à l'observation des dispositions en vigueur. Dans cette hypothèse, la responsabilité pénale appartient au seul titulaire de cette délégation de pouvoir (crim. 19 janv. 1988 : Bull. crim. n° 29).

Dans la mesure où la directive ne prévoit que la désignation d'un membre de l'encadrement supérieur en tant qu'administrateur personnellement responsable des transferts et des exportations, sans préciser les modalités de cette désignation, le système de la délégation de pouvoirs admis par le droit pénal français satisfait aux exigences de la directive. Aucune mesure de transposition n'est donc nécessaire sur ce point.

3.3. Le référentiel de certification.

Un référentiel de certification est en cours d'élaboration. Il intégrera dans la mesure du possible les exigences d'autres référentiels similaires existants ou en cours d'élaboration (opérateur économique agréé, ISO 9000, référentiel double usage), afin d'éviter une redondance coûteuse des procédures.

La directive n'impose pas de référentiel ; elle énonce des critères de certification en son article 9.2 sans déterminer la forme que ces derniers peuvent prendre. La France, à l'instar d'autres Etats européens, a choisi d'élaborer un référentiel détaillant les critères précités.

Ce référentiel, lorsqu'il sera finalisé, sera publié par arrêté.

3.4. Le certificat.

La directive prévoit le principe d'un certificat en son article 9.3 et en précise le contenu. Ce certificat, notifié à un industriel par un Etat membre, sera reconnu par tous les autres Etats membres. La liste des entreprises certifiées de chaque Etat membre devrait en outre être mise en ligne sur le site de la Commission européenne.

Le groupe de travail informel de la Commission relatif à la certification travaille sur un modèle de certificat commun aux 27 Etats membres, à partir d'un modèle présenté par la France (*cf.* annexe n°5).

Ce certificat devra être notifié aux industriels en deux langues : la langue nationale et l'une des trois langues officielles de l'Union européenne (anglais, français ou allemand). Compte tenu de ce choix, la France notifiera ses certificats uniquement en français.

Les modalités de délivrance du certificat et le modèle CERFA feront l'objet de dispositions réglementaires spécifiques.

Paragraphe 4 - Le contrôle *a posteriori*.

Le principe du contrôle *a posteriori* ne figure pas dans le corps de la directive. Il est toutefois explicitement citée dans le considérant 29 : « *Afin d'équilibrer le remplacement progressif du système de vérification individuelle préalable par des contrôles généraux a posteriori dans l'Etat membre d'origine des produits liés à la défense, il convient de mettre en place les conditions de la confiance mutuelle en prévoyant des garanties assurant que les produits liés à la défense ne sont pas exportés vers des pays tiers en violation des restrictions à l'exportation...* ».

Le Gouvernement reprend entièrement à son compte la nécessité de renforcer les mécanismes existants en matière de contrôle *a posteriori* et de donner à ce dernier la portée la plus large possible.

L'introduction des licences générales de transfert de produits liés à la défense dans l'espace européen conduira à renforcer le contrôle *a posteriori* des opérations de transfert. L'objet de ce contrôle, inédit en France à cette échelle, sera de s'assurer qu'en contrepartie de l'utilisation de ces licences par les entreprises, elles respectent une liste limitative d'obligations dont le contrôle sera réalisé *a posteriori* par le ministère de la défense, sans préjudice des compétences du ministère chargé des douanes. Il s'agira notamment de s'assurer que :

- les produits transférés *via* les licences générales correspondront à ceux inscrits dans l'une des licences publiées ;
- les destinataires des produits liés à la défense auront qualité pour les recevoir (forces armées et autorités adjudicatrices des Etats membres, entreprises certifiées) ;
- les produits correspondront au périmètre d'activité des entreprises qui les transfèrent ;
- les éventuelles conditions de la réexportation de certains produits auront été indiquées aux destinataires ;
- les entreprises françaises auront elles même respecté les conditions de réexportation qui auront été fixées par un autre Etat membre ;
- les conditions d'intégration des produits reçus au titre d'un transfert auront été respectées par les entreprises françaises.

Le contrôle *a posteriori* sera exercé pour le compte de l'Etat « sur pièces » et « sur place » par le Contrôle général des armées, groupe de contrôle des services et industries d'armement, section Matériels de Guerre (CGA/SIA/MG). La Direction générale de l'armement, Direction du développement international (DGA/DI) et Service Qualité (DGA/SMQ/SQ) lui seront étroitement associés ainsi que la Direction de la protection et de la sécurité de la défense (DPSD).

La DGA/DI contribuera au contrôle « sur pièces » en analysant les documents remis par les sociétés au cours de la période considérée. Ces documents permettront de confirmer la conformité des matériels transférés aux différentes licences, ainsi que le choix des pays de destination (cas des licences globales et des licences générales d'exportation). De plus, elle entretiendra la liste des entreprises destinataires des produits liés à la défense au sein de l'Union et celle des entreprises françaises certifiées.

Le Service Qualité (DGA/SMQ/SQ) apportera sa connaissance des matériels des entreprises contrôlées et celle des processus internes mis en œuvre pour le contrôle des transferts et des exportations.

La DPSD exploitera les déclarations semestrielles des matériels transférés par les entreprises qui se substitueront, dans l'espace communautaire, aux attestations de passage en douane (APD).

En association avec la DGA/DI et la DGA/SQ, le CGA conduira le contrôle sur place, au vu de l'ensemble des documents présentés et notamment du registre¹⁴. Il s'assurera de la conformité des transferts et/ou exportations aux licences accordées.

La finalité de ce registre sera de pouvoir tracer, sur une durée de 10 ans minimum, l'ensemble des flux des matériels liés à la défense, pour les entreprises agissant tant comme « fournisseurs » que « destinataires », et de s'assurer que les conditions de réexportation fixées par les Etats membres sont signalées et respectées. Ce registre pourra être dématérialisé afin de faciliter, autant que de besoin et à distance, la connaissance par l'administration des flux de matériels liés à la défense reçus ou transférés par les entreprises.

Le contrôle du registre comprendra également l'examen de la conformité des pièces associées (bordereaux de livraison, factures, certificats de non réexportation, ...)

A l'issue du contrôle, le CGA informe la société des constats effectués et, après procédure contradictoire, des éventuelles actions correctives demandées.

Enfin, l'article 38 §4 du code des douanes est modifié pour permettre à l'administration douanière d'exercer ses pouvoirs de recherche, de constatation et de sanction des infractions qui pourraient être commises en matière de transferts intracommunautaire. Afin de renforcer l'efficacité du contrôle, un dispositif d'échanges spontanés d'informations entre les agents des douanes et ceux du ministère de la défense est introduit par le projet de loi.

Paragraphe 5 - Les sanctions

L'article 16 de la directive exige des « *sanctions dissuasives, efficaces et proportionnées* » pour les manquements incriminables identifiés dans le texte, en particulier ceux relatifs à l'article 8.1 (information du fournisseur) et à l'article 10 (restrictions à l'exportation). Les Etats membres sont responsables de la politique pénale à adopter dans le cadre de cette transposition.

La quasi-totalité des sanctions pénales retenues par la France sont des peines délictuelles et relèveront de ce fait du niveau législatif. Quelques peines contraventionnelles figureront dans le décret d'application.

Ces sanctions pénales se cumuleront avec celles prévues par le code des douanes, à l'exclusion des peines d'emprisonnement.

Le Gouvernement propose de distinguer, dans la liste des manquements incriminables, trois familles de peines délictuelles, hiérarchisées selon leur degré de gravité :

- **les manquements liés au non-respect de l'autorisation, aux conditions de l'autorisation et aux obligations en matière de contrôle *a posteriori*** (conservation et tenue du registre, entrave aux inspections). Ces infractions sont similaires à des infractions existantes dans le domaine du contrôle export et leurs sanctions ont été dûment calquées, afin de préserver une cohérence pénale pour des manquements globalement similaires (5 ans et 75 000 euros d'amende). La transposition s'est

¹⁴ Le projet de loi comporte des dispositions spécifiques sur le registre, sur ses modalités de conservation et de tenue, ainsi que sur la conservation et l'archivage de tous les documents contractuels.

inspirée de dispositions existantes dans le code de la défense¹⁵. Les dispositions du code des douanes sont maintenues¹⁶;

- **les manquements liés aux obligations juridiques nouvelles issues de la directive en matière de réexportation, d'information des clients et de certification.** Ces infractions sont nouvelles et la directive leur prête une attention particulière, compte tenu que les obligations correspondantes constituent une source importante de confiance mutuelle entre Etats membres. Le niveau de peine a été calqué sur celui qui existe aujourd'hui dans le code pénal¹⁷ en matière de fausse déclaration (3 ans et 45 000 euros d'amende). De ce point de vue, en matière de certification des entreprises, la responsabilité personnelle de l'administrateur compétent a fait l'objet d'une mesure proportionnée afin d'assurer l'efficacité du nouveau dispositif ;
- **les manquements liés à certaines formalités administratives incombant aux fournisseurs** (primo-enregistrement, déclaration des prises de commandes et des matériels transférés) dont l'omission entraverait l'exercice du contrôle *a posteriori*. Ils seront soumis à une forte amende délictuelle.

Section 3 - Les options hors du champ de la directive

Les travaux de transposition de la directive ont permis d'engager une large réflexion portant sur le régime français de contrôle des exportations et plus particulièrement sur les trois points suivants :

- la simplification de la procédure d'autorisation des transferts et des exportations ;
- la création de licences générales d'exportation vers les pays situés hors de l'UE ;
- une réforme des procédures douanières.

Paragraphe 1 - La simplification de la procédure d'autorisation

1.1. Les principes généraux de la réforme

1° Le projet de loi de transposition représente une opportunité unique pour opérer une simplification des autorisations et des procédures de contrôle des exportations vers les pays situés hors de l'Union européenne ;

2° Le Gouvernement a décidé de procéder à cette réforme du contrôle des exportations, sans affecter la rigueur ni la souplesse de ses instruments de contrôle, en s'inspirant des novations introduites par le nouveau régime des transferts intracommunautaires ;

3° Par ailleurs, la nature interministérielle du contrôle des matériels de guerre et des matériels assimilés sera préservée, pour les exportations comme pour les transferts.

4° Le SGDSN, par délégation du Premier ministre, demeurera la clé de voûte du dispositif de contrôle interministériel en cette matière ; son rôle sera renforcé par les compétences qui lui

¹⁵ Article L. 2339-3-1° du code de la défense.

¹⁶ Article 414 du code des douanes.

¹⁷ Article 441-1 du code pénal.

seront attribuées par les textes réglementaires pour l'établissement des arrêtés de licences générales d'exportation et de transfert ;

5° En cas de nécessité, en raison notamment d'une évolution brutale du contexte international ou d'un événement politique imprévisible, des dispositions législatives permettront la suspension immédiate d'une licence d'exportation ou de transfert, ainsi que, le cas échéant, sa modification, son abrogation ou son retrait, ce qui confèrera au pouvoir politique une capacité d'adaptation de la politique de contrôle des exportations ;

6° Enfin, le principe d'une procédure unique d'autorisation a été décidé, aussi bien pour les exportations que pour les transferts, mais il nécessitera un délai de mise en œuvre qui ne nuit pas à la transposition de la directive, puisque la procédure actuelle en deux temps est d'ores et déjà conforme à celle-ci.

1.2. Les modalités d'octroi des licences d'exportation ou de transfert

1.2.1. Le principe d'une procédure unique d'autorisation

Le principe d'une procédure unique pour autoriser les exportations ou les transferts – **pour la licence individuelle et la licence globale** – permettra une réduction des délais de traitement et du nombre de demandes à examiner. Cette réforme n'affaiblira pas le contrôle et sa souplesse de mise en œuvre devrait permettre à l'administration de contrôler autant que nécessaire chaque étape des opérations jugées sensibles.

Son principe sera que toute entreprise souhaitant exporter des matériels de guerre et des matériels assimilés ou transférer des produits liés à la défense devra disposer d'une seule autorisation pour communiquer, dans le cadre d'une négociation, des informations soumises à contrôle, accepter une commande ou signer un contrat puis exporter/transférer les matériels.

Toutefois, lorsque l'autorité administrative l'estimera nécessaire, ou à la demande de l'exportateur, l'autorisation pourra être limitée à la transmission d'informations soumises à contrôle dans le cadre d'une négociation, à l'acceptation d'une commande ou à la signature d'un contrat.

L'originalité de ce nouveau dispositif procédural, par rapport à celui en vigueur dans la plupart des pays de l'Union européenne, est que celle-ci sera délivrée par le Premier ministre, après avis de la CIEEMG, **avant** la signature du contrat ou acceptation de la commande, préservant ainsi la possibilité pour le Gouvernement d'opposer un refus politique « à temps » pour toutes les demandes qu'il jugerait inopportunes ou bien de lui préciser les conditions de son accord. Cette option couvrira en particulier les opérations très sensibles ou qui lui sont présentées très en amont de leur réalisation.

Cette simplification des procédures permettra un raccourcissement des délais de traitement pour les industriels comme pour l'administration et ne réduira pas la portée du contrôle de l'Etat. Au surplus, l'introduction d'un pouvoir de suspension, de modification, d'abrogation ou de retrait des autorisations offrira un niveau de sécurité supérieur.

1.2.2. Les contraintes et l'adaptation de l'outil informatique

Cette réforme ne pourra toutefois pas être effective dès la publication des textes juridiques en juin 2011. Le maintien de la procédure actuelle en deux temps (AP, puis AEMG) sera nécessaire pendant une période transitoire (juin 2011- 31 décembre 2014 au plus tard), car il

convient d'effectuer une très lourde modification du système d'information interministériel de gestion des procédures d'exportation des matériels de guerre SIEX, ainsi que du système d'interface avec les entreprises (ENODIOS), modification qui pourrait intervenir après le lancement d'un appel d'offres et d'un marché de réalisation susceptible d'arriver à échéance en 2014 au plus tard.

Ainsi, la succession des deux régimes procéduraux est inscrite dans le projet de loi au travers d'une disposition transitoire et permettra de mettre en œuvre la réforme dans les meilleures conditions. Le fonctionnement des deux régimes (en termes d'autorités compétentes et de procédures de délivrance des licences) sera décrit dans les textes réglementaires.

Il ne faut pas se méprendre sur la mention de l'année 2014 qui figure à l'article 8 du projet de loi, relatif aux dispositions transitoires. Les règles qui transposent la directive entreront bien en vigueur le 30 juin 2012, comme l'indique l'article 9 du projet de loi. Les dispositions transitoires énoncées à l'article 8 ne concernent que les modalités de mise en œuvre des licences individuelles et globales, modalités qui ne relèvent pas de la directive.

1.2.3. La nécessité de procéder par étapes

Etape n° 1 (juin 2011-31 décembre 2014 au plus tard) : le double niveau procédural d'autorisation prévaudra, pour les licences individuelles comme globales, à l'exportation comme pour les transferts.

Toutefois, pendant la période transitoire, le maintien de la procédure en deux temps sera atténué par des facilités de gestion proposées aux industriels. Il est en effet envisagé, durant cette courte période, d'étendre le champ de la procédure dite « regroupée », qui permet de traiter simultanément la demande d'agrément préalable et la demande d'autorisation (d'exportation ou de transfert), de telle sorte que près de la moitié des demandes de licence individuelle, les moins sensibles, devrait pouvoir bénéficier de cette procédure.

Après examen de la CIEEMG, le ministre de la défense et le ministre chargé des douanes notifieront à l'industriel l'agrément et l'autorisation en même temps. Cette procédure, rapide et plus souple, représentera un gain de temps considérable, susceptible de rapprocher la France des délais de traitement observés chez ses partenaires européens.

Etape n° 2 (à partir du 31 décembre 2014 au plus tard) : une licence dite unique sera mise en œuvre à l'issue de la période transitoire. Avant toute transmission d'information soumise à contrôle dans le cadre d'une négociation, de l'acceptation d'une commande ou de la signature d'un contrat, l'entreprise dépose une demande de licence auprès du ministère de la défense qui sera alors instruite au niveau interministériel puis traitée en CIEEMG. Le traitement s'effectuera alors selon deux cas de figure :

- licence sans condition particulière à respecter avant l'exportation/transfert : la demande ne fera l'objet d'aucune condition particulière nécessitant de faire l'objet d'une vérification avant l'exportation/transfert. La licence unique ouvrira droit à communiquer des informations soumises à contrôle, à accepter une commande ou signer un contrat et à effectuer l'exportation/transfert physique des matériels ou prestations de services hors de nos frontières. L'autorisation sera donnée par le Premier ministre et notifiée à l'industriel par le ministre chargé des douanes, assortie d'une durée de validité précise ;

- licence avec conditions : si l'administration l'estime nécessaire (opération impliquant l'imposition de réserves ou de clauses techniques diverses) ou sur demande de l'industriel, l'autorisation du Premier ministre notifiée par le ministre de la défense pourra être limitée exclusivement à la communication d'informations soumises à contrôle dans le cadre de la négociation, à l'acceptation d'une commande ou à la signature du contrat, pour une durée déterminée. Avant l'expiration de ce délai, l'industriel devra justifier auprès du ministère de la défense que son contrat respecte les conditions/réserves qui lui auront été imposées. Après la certification du respect des conditions par le ministère de la défense, le ministère chargé des douanes notifiera la licence à l'entreprise.

En d'autres termes, l'autorisation accordée par le Premier ministre pourra, dans certains cas, être scindée en deux étapes (démarches commerciales préalables/exportation ou transfert), mais à la différence du système actuel de l'AP (ou APG) suivi de l'AEMG (ou de l'AGEMG) :

- il n'y aura qu'un seul examen interministériel et une seule autorisation du Premier ministre ;
- les vérifications effectuées par le ministère de la défense afin de s'assurer que les conditions prescrites dans la licence sont bien respectées, ne constitueront pas une nouvelle autorisation mais un simple examen de conformité à la licence accordée par le Premier ministre. Le ministère de la défense sera responsable de cette vérification.

Cette option correspond également au souhait exprimé par de nombreuses entreprises, intéressées par la possibilité de solliciter un accord préliminaire de l'administration suffisamment en amont d'opérations complexes ou sensibles.

Le fonctionnement du nouveau dispositif procédural est décrit à l'annexe 6.

Paragraphe 2 - L'instauration d'une licence générale d'exportation (hors Union européenne).

2.1. Le principe de la licence générale d'exportation (hors Union européenne).

La France ne dispose pas actuellement de licences générales. Elle disposera de licences générales à l'exportation parallèlement aux licences générales de transfert.

La création de licences générales d'exportation est un choix du Gouvernement, qui ne découle pas des obligations de la directive. A l'instar de la mise en place de licences générales de transfert, la création de licences générales d'exportation devrait permettre de réduire le nombre d'autorisations individuelles et donc d'accroître la réactivité commerciale des entreprises. Ces licences s'appliqueront aux opérations les moins sensibles (certains composants, expositions, salons). Cela se traduira par la mise en place d'un système de qualification des entreprises utilisatrices des licences générales d'exportation afin de permettre un contrôle *a posteriori* de leurs activités.

L'étude des licences générales à l'exportation britanniques (*Open General Export Licenses*, OGEL¹⁸) a conduit à leur instauration en France selon des modalités adaptées.

Si les licences générales d'exportation s'appliqueront dans une large mesure selon les mêmes principes de fonctionnement que les licences générales de transfert, elles présenteront des spécificités fortes :

- les licences générales d'exportation comporteront une liste de destinations autorisées ou interdites, à l'inverse des licences générales de transfert, qui reposeront sur le principe de non-discrimination ;
- elles porteront sur une gamme de matériels plus réduite que les licences générales de transfert;
- l'utilisation d'une licence générale d'exportation sera néanmoins conditionnée, comme en matière de licence générale de transfert, à la mise en place d'un programme interne de contrôle par les exportateurs, afin de permettre d'effectuer un contrôle *a posteriori* des exportations effectuées.

Les licences générales d'exportation seront soumises aux mêmes exigences de contrôle *a posteriori* que les licences générales de transfert (primo-enregistrement, déclaration semestrielle des entreprises) ainsi qu'à des sanctions pénales identiques.

Le principe de la licence générale d'exportation est inscrit dans la loi. Ses modalités d'application seront déclinées dans les textes réglementaires.

Les arrêtés de licence générale publiés au *Journal Officiel* préciseront les conditions d'utilisation et les matériels sélectionnés. Il s'agira d'arrêtés interministériels signés par le secrétaire général de la défense et la sécurité nationale (SGDSN), par délégation du Premier ministre, après avis de tous les ministères à voix délibérative de la CIEEMG.

2.2. Les modalités de mise en œuvre de la licence générale d'exportation

Dès que les arrêtés portant licences générales d'exportation seront publiés au *Journal Officiel*, les industriels éligibles à cette nouvelle autorisation pourront demander à en bénéficier en adressant à l'administration une déclaration de primo-enregistrement. A travers cette formalité, ils se feront connaître auprès de l'administration comme utilisateurs de la ou des licence(s) générale(s) concernée(s) et recevront, dans un délai d'un mois, un numéro d'enregistrement devant accompagner toutes leurs expéditions de matériels au titre de la licence générale utilisée.

Dans sa déclaration de primo-enregistrement, l'industriel indiquera quelle(s) licence(s) générale(s) il souhaite utiliser. L'administration s'assurera que l'industriel ne commet aucune erreur de lecture de la licence générale ou de la liste commune des équipements militaires. Elle pourra également attirer son attention, dans certains cas, sur le fait que les données qu'il compte transférer au titre de la licence générale sont classifiées et que pour cette raison il devra déposer une demande de licence individuelle.

¹⁸<http://www.businesslink.gov.uk/bdotg/action/detail?r.s=m&r.l4=1084304448&r.l1=1079717544&r.lc=en&r.l3=1084228524&r.l2=1084228483&r.i=1084315282&type=RESOURCES&itemId=1084304669&r.t=RESOURCES>

Les pays de destination des matériels figurant sur les licences générales d'exportation seront des pays jugés sûrs par le Gouvernement français, notamment les pays actuellement éligibles à la licence générale communautaire double usage¹⁹.

Des licences générales pourraient couvrir en particulier des opérations commerciales ne présentant pas de risque avéré en termes de sécurité telles que : les exportations destinées aux forces gouvernementales, les opérations de maintenance, les salons et les expositions. Les destinataires privés devraient *a priori* être exclus de ces licences générales, sauf exception, en raison de l'absence de mécanisme de reconnaissance mutuelle des processus de certification des entreprises.

2.3. Le cas particulier de la licence générale d'exportation « vers les forces armées »

La licence générale d'exportation « vers les forces armées » constituera la principale licence générale d'exportation, en fonction de la portée que le Gouvernement lui donnera en termes de destinations et de matériels éligibles.

Elle pourrait notamment couvrir la possibilité de fournir des matériels directement aux forces armées de nos alliés présents sur des théâtres d'opérations extérieures. Ce point est toutefois encore à l'étude au moment où est finalisée la présente étude d'impact.

2.4. Le principe d'une « qualification des entreprises exportatrices » utilisatrices des licences générales

Le Gouvernement envisage de réserver l'usage des licences générales d'exportation à des sociétés qui apportent des garanties d'organisation et de fonctionnement des procédures de contrôle interne, comparables aux exigences de la certification retenue par la directive relative aux transferts. Un système de « qualification » pour les exportations *via* les licences générales d'exportation devrait donc également être instauré.

Des sociétés non certifiées pourraient, à leur demande, être « qualifiées », sous réserve de respecter les critères établis par l'administration.

Le principe de cette « qualification » sera inscrit dans les textes réglementaires d'application de la loi.

Paragraphe 3 - La réforme des formalités douanières

3.1. La suppression de la déclaration en douane à l'intérieur de l'Union européenne.

La France apparaît comme étant le seul Etat membre de l'Union européenne à avoir maintenu des formalités douanières pour les transferts intracommunautaires de matériels de guerre et matériels assimilés.

Deux options s'offraient au Gouvernement : maintenir cette déclaration en douane ou la supprimer. Pour le Gouvernement, le maintien de la déclaration en douane au sein de l'espace communautaire est apparu contradictoire avec l'esprit de simplification et d'allègement des charges administratives, la grande majorité de nos partenaires ayant renoncé à ce type de

¹⁹ Etats-Unis, Canada, Nouvelle-Zélande, Australie, Norvège, Suisse, Japon.

contrôle douanier. Par ailleurs, cette déclaration ne couvre aujourd'hui que les exportations de matériels tangibles.

Après consultation des industriels, il a été décidé de supprimer l'article 2 ter du code des douanes et l'ensemble des formalités liées à la déclaration en douane.

L'article 38 § 4 du code des douanes sera, par ailleurs, modifié pour permettre d'activer les pouvoirs de recherche, de constatation et de sanction des infractions de l'administration des douanes pour les matériels de guerre et les produits explosifs destinés à des fins militaires. En outre, pour renforcer l'efficacité du contrôle, un dispositif d'échanges spontanés d'informations entre les agents des douanes et ceux du ministère de la défense est introduit.

3.2. La suppression de l'attestation de passage en douane (APD)

L'attestation de passage en douane (APD) à l'exportation, prévue par l'article 17 de l'actuel arrêté du 2 octobre 1992, qui constitue l'un des éléments de la déclaration en douane, sera supprimée. Il en sera de même pour l'attestation de passage en douane à l'importation, prévue par l'article 76 du décret n° 95-589 du 6 mai 1995.

Tant pour l'importation et l'exportation hors de l'Union européenne, que pour les transferts intracommunautaires, l'APD sera remplacée par un dispositif de compte rendu semestriel *a posteriori* des prises de commandes et des livraisons, aussi bien à l'exportation que pour les transferts, auquel seront soumis tous les industriels. Ce nouvel instrument permettra à l'administration de disposer d'un *reporting* complet de l'ensemble des livraisons des exportateurs/fournisseurs/importateurs et améliorera le suivi de la traçabilité des matériels. Cela est d'autant plus important que la France doit respecter de nombreuses obligations internationales en matière de compte rendu sur les échanges de matériels de défense (registre des Nations unies, registre OSCE, etc.).

Chargée actuellement du traitement des APD, la direction de la protection, de la sécurité et de la défense (DPSD) sera chargée du recueil et des vérifications des comptes rendus semestriels, notamment en ce qui concerne l'exactitude de la destination/destinataire final (e).

Chapitre 4 - LES IMPACTS DE LA TRANSPOSITION ET DE LA RÉFORME DU CONTRÔLE DES EXPORTATIONS

Section 1 - L'impact économique, financier et social pour les entreprises

Paragraphe 1 - L'impact économique et industriel

Pour les entreprises françaises, les nouvelles mesures conduiront assurément à une meilleure visibilité de leur action commerciale. Toutefois, il convient d'être prudent dans l'appréciation de leur impact économique : le rôle des procédures de contrôle dans le commerce des armements ne doit pas être surévalué.

1.1. L'impact économique relatif aux transferts

1.1.1. Les risques de surévaluer l'impact économique de la simplification des transferts.

A l'échelle communautaire, le calcul des coûts directs et indirects liés aux obstacles intra-communautaires (fragmentation des marchés, surcoûts pour les programmes de coopération, non-synchronisation des politiques d'approvisionnement, politiques de juste retour, etc...) a été estimée à 3,16 milliards d'euros/an en 2003²⁰. Ces coûts représentent globalement un frein aux échanges de matériels et de connaissances au sein de l'Union européenne.

Pour les entreprises françaises, la transposition de la directive 2009/43/CE conduira assurément à une meilleure visibilité de leur action commerciale, ainsi qu'à une fluidification des échanges avec leurs partenaires industriels et à une simplification des processus industriels.

La suppression de l'article 2 ter du code des douanes contribuera par ailleurs à réduire les obstacles administratifs aux transferts par la suppression du contrôle *a priori* prévu par cet article. Des gains sont attendus en termes de réactivité des entreprises françaises (possibilité d'expédier et de recevoir des marchandises à tout moment) et en termes de baisse des coûts, liés notamment aux formalités douanières.

Si différents mécanismes peuvent être décrits qui permettent d'anticiper un effet très positif des mesures proposées (réduction des coûts, renforcement du tissu industriel, accroissement de la compétitivité des produits...), il convient toutefois d'être prudent dans la quantification de leur impact économique. Il s'agit en effet d'effets systémiques et diffus, au sein même des entreprises, entre les entreprises et dans les relations de celles-ci avec les administrations respectives, qui auront un impact variable d'un secteur à l'autre. Le rôle des procédures de contrôle « *stricto sensu* » dans le commerce des armements, s'il est réel, ne doit donc être, ni surévalué, ni minimisé.

Cette difficulté d'évaluation de l'impact économique de la directive est d'ailleurs reconnue par la Commission européenne qui, dans sa fiche d'impact, indiquait que « *les bénéfices indirects qui découleront de la facilitation des transferts intracommunautaires des produits liés à la défense ne pourront être recueillis qu'à long terme (...)* » et recommandait « *que ses grands impacts macro-économiques ne soient évalués qu'après le 5ème anniversaire de l'entrée en vigueur de l'instrument communautaire* ».

On peut néanmoins s'attendre à trois types de gains :

1.1.2. Gain n°1 : réalisation des matériels à moindre coût

La simplification des échanges au niveau communautaire accroîtra la fluidité des échanges au sein de la chaîne des sous-traitants et des fournisseurs des maîtres d'œuvre intégrateurs. Elle simplifiera et fiabilisera les processus industriels :

- de manière générale pour toutes les entreprises, du fait de la disparition des autorisations d'importation et de transit ;
- pour les entreprises certifiées, par le biais des licences générales des autres Etats membres de l'Union européenne ;

²⁰ Proposition de DIRECTIVE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL simplifiant les conditions des transferts de produits liés à la défense dans la Communauté (présentée par la Commission) {SEC(2007) 1593}{SEC(2007) 1594}, Bruxelles le 5.12.2007, COM(2007) 765 final, 2007/0279 (COD) et accessible au <http://www.europarl.europa.eu/oeil/OpenDetailFiche.do?ficheId=1502&language=fr>

- pour les entreprises fournisseurs des systémiers implantés chez nos partenaires européens, par le biais de nos licences générales de transfert.

Il s'agit là de l'effet principal des mesures proposées.

Cette évolution aura un impact favorable pour les fournisseurs et les sous-traitants européens, dont la relation avec les maîtres d'œuvre sera facilitée. Dès lors que des entreprises européennes seront susceptibles de répondre à leur cahier des charges, ces derniers pourraient en effet être moins intéressés à recourir à des fournisseurs non européens, soumis aux règles spécifiques de leur pays, parfois très contraignantes en termes de réexportation (Etats-Unis par exemple).

Il en résultera, d'une part, une réduction des coûts chez tous les acteurs économiques, d'autre part, une contribution au renforcement, sur le territoire européen, de l'ensemble du tissu des sous-traitants et fournisseurs auprès des principaux maîtres d'œuvre

L'industrie française, par son importance et sa diversité au sein de l'Europe, devrait être parmi les principales bénéficiaires de ces évolutions.

1.1.3. Gain n°2 : amélioration de la compétitivité des entreprises sur le moyen/long terme

Les entreprises françaises, notamment les systémiers intégrateurs, répondront plus rapidement aux appels d'offres des commandes publiques des pouvoirs adjudicateurs de nos partenaires européens, dans le cadre de la licence générale n° 1. La qualité de leurs produits, couplée aux améliorations procédurales attendues grâce à la directive relative aux marchés publics²¹, leur permettra d'être plus concurrentielles et de stabiliser leurs filières d'approvisionnement. La conquête de ces marchés publics sera prioritaire, compte tenu du fait que les destinataires seront identifiés et les perspectives à long terme maîtrisées.

Par effet de cascade, les sous-systémiers et les équipementiers pourront répondre plus rapidement aux appels d'offres des systémiers.

Par ailleurs, les grands industriels systémiers français pourront également transmettre plus rapidement matériels et informations dans le cadre de coopérations transnationales entre filiales et seront en mesure de mieux respecter les échéances et les budgets alloués dans le cadre de leurs projets.

Enfin, la mise en œuvre de procédures plus rapides pour les licences individuelles et globales, portant sur des matériels plus sensibles, améliorera aussi sensiblement la compétitivité des entreprises à forte plus-value technologique.

Ces évolutions positives bénéficieront également aux entreprises de nos partenaires, qui pourront ainsi améliorer leur compétitivité, notamment sur le marché français.

D'une manière générale, nos entreprises et nos forces armées seront à l'avenir moins dépendantes des fournisseurs non européens. Elles seront moins exposées à la rigueur de leur réglementation, notamment en termes de réexportation, si elles se fournissent sur le marché

²¹ Directive 2009/81/CE du Parlement Européen et du Conseil du 13 juillet 2009 relative à la coordination des procédures de passation de certains marchés de travaux, de fournitures et de services par des pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices dans les domaines de la défense et de la sécurité, et modifiant les directives 2004/17/CE et 2004/18/CE.

communautaire. Par extension, ce qui est valable pour nous l'est également pour les autres Etats membres, ce qui renforcera au final l'autonomie européenne d'approvisionnement.

1.1.4. Gain n°3 : économies en termes de procédures administratives

Si les industriels concernés abandonnent rapidement la voie de l'agrément préalable actuel au profit des licences générales, serait d'un peu plus de 50 % du total des autorisations individuelles actuellement délivrées pour les opérations à destination des Etats membres de l'Union européenne (voir le paragraphe relatif à l'impact administratif ci-dessous).

Cette diminution sera progressive, les entreprises ayant besoin d'un temps d'adaptation et d'appropriation des nouveaux outils mis à leur disposition. A titre de comparaison, les consultations avec nos partenaires britanniques ont révélé que la mise en place des licences générales d'exportation a été très décevante lors des deux premières années de fonctionnement. L'administration britannique a fait alors un effort important de communication et d'explication.

Il est probable que les grandes entreprises et les PME les plus importantes, déjà informées et qui disposent de l'expérience des licences générales pour les biens à double usage, s'approprieront rapidement le nouveau mécanisme. Les autres entreprises, qui ont moins de moyens à consacrer à l'évolution des procédures, percevront progressivement le bénéfice des licences générales, aidées en cela par l'effort de pédagogie que le Gouvernement a prévu de déployer (réactualisation du Mémento relatif aux procédures de traitement des AP et des AEMG et du portail d'information des PME/PMI de la DGA, organisation de séminaires de sensibilisation et d'échanges avec les groupements professionnels, etc.).

Un objectif raisonnable serait de drainer 25 % des flux actuels à destination de l'Union européenne à travers les licences générales la première année, avec un objectif de 50% au terme de la troisième année.

Indicateur : L'usage effectif et intensif des licences générales par nos industriels (nombre d'opérations, quantité et valeur des matériels transférés) déterminera prioritairement le succès de l'ensemble du dispositif et en constituera l'indicateur majeur.

1.2. L'impact économique relatif aux exportations

1.2.1. L'impact économique à court terme : la licence dite unique d'exportation

Dans le contexte français, l'institution de la licence unique conjuguée à la mise en place des licences générales d'exportation aura pour effet premier d'améliorer de manière significative les délais de réactivité des entreprises, notamment pour les commandes publiques de nos plus proches alliés et pour les appels d'offres des entreprises.

Pour ce qui concerne la licence dite unique, les délais de réactivité pourraient être divisés par deux. En effet, le délai moyen cumulé de traitement des demandes d'AP/AEMG est d'environ 110 jours. Après l'entrée en vigueur de la réforme, couplée à un développement volontariste de la procédure continue (objectif de 50 % des demandes), on peut raisonnablement pronostiquer que le délai moyen d'obtention d'une licence individuelle ne devrait pas dépasser 50 jours en procédure normale (PN) et 25 jours en procédure continue (PC).

Cet impact serait tangible à court terme et également général, l'ensemble des exportateurs devant immédiatement bénéficier de cette mesure.

Indicateur : l'amélioration du délai de traitement des licences uniques en procédure normale et en procédure continue sera l'indicateur à privilégier. Une réduction tendancielle de 50 % des délais par rapport aux délais actuels sera à rechercher. Celle-ci placerait la France dans la moyenne observée chez nos partenaires européens.

1.2.2. L'impact économique à moyen terme : la licence générale d'exportation.

Sans préjuger du périmètre technique définitif des licences générales à l'exportation que le Gouvernement mettra en application, il apparaît que l'impact de ces dernières sera sensiblement moins important, dans un premier temps, que celui des licences générales de transfert. En effet, ces dernières devraient permettre de couvrir la moitié des opérations réalisées actuellement vers les autres Etats membres.

Les licences générales d'exportation pourraient, dans un premier temps, drainer environ 10 % des AP/AEMG d'aujourd'hui hors Europe. Néanmoins, elles disposent d'un potentiel de croissance important au cours des prochaines années, à condition que les exportateurs sachent maîtriser ce nouvel instrument et qu'ils aient mis en place un programme interne de contrôle fiable.

Les candidats aux licences générales d'exportation seront les grands groupes industriels et les sous-systémiers fournisseurs privilégiés de nos proches alliés hors Europe (notamment Etats-Unis, Canada, Australie, Japon), ainsi que les fournisseurs de petits composants et de pièces de rechanges.

Un objectif raisonnable serait de canaliser 10 à 15 % des flux annuels actuels vers les licences générales d'exportation lors de la première année, avec un objectif maximal de 20 % au cours des deux années suivantes, selon le champ géographique retenu par le Gouvernement.

Indicateur : L'usage effectif et intensif des licences générales d'exportation par nos industriels (nombre d'opérations, quantité et valeur des matériels transférés) déterminera prioritairement le succès de l'ensemble du dispositif et en constituera l'indicateur majeur.

Paragraphe 2 - L'impact financier pour les entreprises (charges administratives de gestion)

2.1. Au regard des licences de transfert

L'impact sur les ressources humaines de l'entreprise dédiées au contrôle des exportations et au dédouanement ne peut être précisément évalué sur le court terme. L'utilisation croissante des licences générales, pour les entreprises concernées, n'impliquera pas automatiquement des gains de personnel en due proportion, notamment dans les très petites structures où, souvent, une seule personne est en charge des procédures de licence. Par ailleurs, le recours facilité aux licences globales ne devrait pas modifier significativement cet état de fait au cours des premières années.

Sur le moyen terme toutefois, des gains en termes de charges administratives peuvent être escomptés, en tenant compte des effets cumulés de tous les dispositifs de simplification (introduction de la licence dite unique, disparition des formalités de déclaration en douane) et de la suppression des autorisations d'importation et de transit.

En tout état de cause, ces bénéfices restent marginaux par rapport à l'effet principal recherché, à savoir faciliter et simplifier les échanges au sein de l'Union européenne pour favoriser des gains de compétitivité.

Il faut par ailleurs noter que si les mesures proposées permettent un allègement de la charge administrative liée aux procédures de contrôle *a priori*, elles créent également des obligations auprès des entreprises pour permettre un contrôle *a posteriori* rigoureux qui compensera, au moins partiellement, cet allègement.

Sur la base des données susmentionnées, on peut estimer que la réduction des charges administratives de gestion serait au maximum de quelques dizaines d'équivalent temps plein (ETP).

2.2. Au regard de la certification des entreprises françaises

La certification des entreprises sera uniquement obligatoire pour les entreprises souhaitant recevoir des matériels militaires par le biais des licences générales des autres Etats membres. Ces entreprises tireront des avantages de la certification (ouvertures des flux provenant des licences générales des autres Etats membres) mais aussi ses contraintes (mise en place d'un programme interne de contrôle fiable).

Du côté de l'administration, l'autorité de certification n'a pas été déterminée au stade actuel de finalisation de l'étude d'impact. En effet, il n'a pas encore été décidé si l'audit de certification sera effectué en régie par des agents de l'Etat ou confié à une ou plusieurs entreprises privées par le biais d'un marché public ou d'une délégation de service public.

Dans l'hypothèse où l'audit de certification serait confié à des organismes privés, le coût de la certification pourrait requérir une contribution financière de la part des sociétés et représenterait au total, selon le périmètre des entreprises candidates, un coût global compris entre 800 000 et 1,5 million d'euros.

Dans le cas où l'Etat (DGA) serait l'organisme de certification et les audits conduits par ses représentants, les entreprises ne supporteraient aucun coût.

Paragraphe 3 - L'impact sur l'emploi

Comme pour l'impact économique, l'impact en termes de création d'emplois doit être évalué prudemment. Certes, la simplification des procédures permettra de mieux maîtriser l'action commerciale des entreprises et leurs perspectives de développement. Toutefois, la création d'emplois ne serait pas pour autant automatique, car le contexte économique global (crise financière, réduction des budgets de défense) pèsera par ailleurs dans la politique d'emploi des entreprises.

Dans un contexte de décroissance des dépenses militaires en Europe, l'enjeu principal est le maintien d'une base industrielle et technologique de défense, maîtrisant un ensemble de systèmes et de connaissances et disposant d'une capacité permettant aux entreprises de répondre aux besoins des gouvernements européens, français en particulier. L'importance des exportations, qui représentent plus de 30 % de l'activité de ce secteur économique en France, est donc cruciale pour le maintien des 165 000 emplois directs, et autant indirects, qu'il représente.

L'impact majeur devrait, dans un premier temps, concerner les grandes entreprises qui pourront fiabiliser et simplifier leur processus industriel avec leurs sous-traitants et fournisseurs européens, et améliorer leur réactivité vis-à-vis de leurs clients situés hors de l'Union européenne. Les mesures proposées de transposition de la directive permettront ainsi de réduire la distorsion entre les industriels américains et européens.

Ces mesures, qui auront également pour conséquence de consolider auprès des grands maîtres d'œuvre européens la « *supply chain* », contribueront *a minima* à assurer une stabilité de l'emploi dans le secteur de la défense.

A moyen et long terme, la création d'emplois dépendra d'autres paramètres, difficilement évaluables à ce stade, reposant sur les modifications structurelles intervenues du fait de l'impact des licences générales et de l'accroissement de la compétitivité des industriels qui devrait résulter de la simplification des transferts intracommunautaires : positionnement optimal en termes de concurrence, spécialisation progressive dans des domaines technologiques les plus avancés, création éventuelle de nouveaux types de licences générales.

Section 2 - L'impact administratif

Paragraphe 1 - L'économie globale d'actes administratifs (transferts et exportations)

1.1. La réduction du nombre d'actes grâce aux licences générales de transfert

Les données relatives à 2009, issues du système d'information SIEX, établissent que 144 entreprises françaises²² pourraient réaliser des transferts vers les autres Etats membres de l'Union européenne par le biais des licences générales. Plus des 4/5èmes de ces utilisateurs potentiels seraient des PME/PMI connues pour leur forte activité intégratrice et exportatrice. Quelques très petites entreprises, ayant une forte activité exportatrice, seraient également aussi concernées.

Ces PME/PMI sont représentatives de secteurs très variés : matériels terrestres, aéronautiques et navals, matériels de protection NBC, poudres et explosifs militaires, optronique, vision nocturne, blindages...

Etablie à partir des chiffres à l'exportation de 2009, cette évaluation ne préjuge cependant pas de la stratégie effective des entreprises au regard du nouveau dispositif. La concertation engagée par l'administration avec les entreprises sur certains volets bien ciblés de la réforme envisagée (certification, licences générales), ainsi que l'organisation par le ministère de la défense d'un séminaire en novembre 2009 ont permis de constater de très fortes attentes, en particulier en matière d'ouverture du marché communautaire, notamment de la part des PME/PMI.

Pour le futur, l'effet d'entraînement de la réforme sur ces acteurs sera certain. En effet, nombre de ces PME/PMI sont aujourd'hui très liées à des grands groupes nationaux et n'ont pas encore développé de stratégie commerciale autonome à l'échelle communautaire, dissuadées en particulier par le cloisonnement réglementaire et commercial actuel du marché de l'armement européen. La simplification globale du marché communautaire devrait offrir de

²² L'extension de l'étude sur l'année 2008 conduit à estimer que cette fourchette variera en moyenne entre 130 et 160 entreprises.

nouvelles perspectives, notamment pour les très petites entreprises (TPE), peu présentes aujourd'hui dans les échanges internationaux.

Estimation des agréments préalables (AP) de 2009 éligibles aux projets de licence générale de transfert n° 1 (vers les forces armées) et n° 2 (vers les entreprises certifiées).

	Procédure normale (PN) ²³	Procédure continue (PC) ²⁴	TOTAL
AP pour les pays européens	1290	973	2263
AP éligibles aux licences générales n°1 et n°2	599	535	1134
Pourcentage	46, 34%	54, 98%	50, 11%

Ainsi au total, la mise en place des licences générales de transfert permettrait de couvrir environ un millier d'opérations soumises à AP et AEMG sur les 7000 opérations contrôlées par an. Cela représente un gain important pour les entreprises et l'administration.

1.2. La réduction du nombre d'actes grâce à la licence dite unique

La mise en œuvre de la licence dite unique réduira fortement le nombre d'actes administratifs ainsi que la durée de traitement des demandes d'autorisation.

En 2009, environ 14 000 demandes d'autorisations ont été déposées (6826 agréments préalables et 7080 AEMG) pour toutes destinations, dont un tiers pour des transferts à destination des pays membres de l'Union européenne.

De ce chiffre global de 14 000 actes administratifs devrait toutefois être déduit l'effet de réduction que produiront progressivement les licences générales de transfert (1000 AP et 1000 AEMG environ) et les licences générales d'exportation vers les destinations envisagées plus haut (environ 500 AP et 500 AEMG), soit au total 3000 actes administratifs en moins.

En tenant compte du fait que 50 % des AP sont actuellement délivrés sans réserves ni clauses techniques, la mise en œuvre du dispositif de licence unique devrait conduire, après une courte période d'apprentissage à la délivrance d'environ 3000 licences sans conditions (opérations simples) et à un nombre légèrement inférieur d'autorisations à négocier et à signer (2000 à 2500) pour ce qui est des opérations soumises à conditions. La proportion de ces dernières faisant l'objet d'une « levée de réserves » étant du quart²⁵, il convient donc d'inclure dans ce bilan favorable 750 à 1000 actes administratifs supplémentaires notifiés par le ministre chargé des douanes pour l'exportation physique des matériels.

Ainsi, il peut être estimé que, au total, l'administration ne devrait plus délivrer qu'environ 6000 autorisations par an (environ 4700 licences individuelles d'exportation et 1300 licences individuelles de transfert), contre 14 000 aujourd'hui.

²³ PN : examen des demandes lors de la réunion mensuelle de la CIEEMG.

²⁴ PC : procédure dématérialisée de traitement : examen interministériel des opérations de sensibilité limitée.

²⁵ Aujourd'hui, un quart seulement des AP conduisent à la signature d'un contrat et à l'exportation des matériels.

Paragraphe 2 - L'impact administratif sur le ministère de la défense

2.1. L'impact administratif sur la Direction générale de l'armement et le Contrôle général des armées, concernés en particulier par la certification et le contrôle a posteriori.

2.1.1. La répartition des effectifs consacrés au contrôle a posteriori.

Les estimations suivantes ont été réalisées en prenant en compte un nombre probable de sociétés à contrôler annuellement de l'ordre d'une centaine. En effet, une analyse préliminaire montre que le périmètre des entreprises utilisatrices de licences générales, donc soumises au contrôle *a posteriori*, sera voisin de celui des entreprises certifiées. Or, il est envisagé que, pour les entreprises certifiées, la fréquence des contrôles puisse être moins élevée que pour les sociétés non certifiées.

Cette hypothèse permet d'évaluer les équivalents temps pleins travaillés (ETPT) consacrés à ces contrôles et les frais de missions correspondants. Elle intègre la préparation, les déplacements, la conduite et les suites données aux contrôles.

Pour 100 sociétés contrôlées, le nombre d'ETPT serait de 9 à 11 (CGA 2x2²⁶, DGA/DI : 2 à 3, DGA/SQ 1 à 2²⁷, DPSD 2), les frais de mission correspondants seraient de l'ordre de 100 000€.

Les douanes ne prévoient pas d'évolution d'ETPT. Les contrôles de matériels liés à la défense ne représentent que 0,3 % du nombre total des déclarations traitées par cette administration.

Dans ces conditions, la montée en puissance du contrôle *a posteriori* se fera progressivement pour parvenir à un régime établi à partir de mi-2012.

2.1.2. L'impact administratif pour la DGA

L'économie en personnel attendue de la mise en place des licences générales et de la licence unique, pour la DGA/DI, a été estimée en fonction des hypothèses développées ci-dessus. Ces hypothèses doivent être considérées avec prudence. D'une part, les industriels exportateurs, habitués à un système de contrôle *a priori* très sécurisé, ne tireront pas avantage immédiatement de l'assouplissement et de la simplification administrative que cette réforme entraîne. D'autre part il sera nécessaire d'assurer la gestion des agréments préalables et des autorisations délivrées pendant plusieurs années après l'introduction des nouvelles mesures. Il faut par ailleurs envisager, dans les premiers temps, des erreurs de procédure dues à l'apprentissage des opérateurs.

L'outil informatique existant n'est par ailleurs pas adapté à ces procédures : le délai nécessaire à l'amélioration et à la mise en œuvre opérationnelle d'un outil informatique fiable rend assez aléatoire les gains en termes de personnel. Ce gain pourrait être obtenu durant les trois premières années de mise en œuvre, mais le moment de son obtention comme de sa durée ne peut être fixé avec précision.

Pour les tâches réalisées au sein de la DGA, les gains peuvent toutefois être estimés de la manière suivante, selon les hypothèses mentionnées :

²⁶ 150 sociétés à raison de 2 équipes et 32 semaines de missions par équipe.

²⁷ 2 personnes, sans création de poste à effectifs constants, pris sur les effectifs de la DGA/DSQ actuel.

- le nombre significativement réduit de demandes en provenance des industriels et d'actes administratifs se traduira par un gain en termes de personnels de gestion administrative (enregistrement, vérification de la conformité des demandes, notification des décisions ou transmission en interministériel des avis) évalué entre 5 et 6 « équivalent temps plein travaillé » parmi les effectifs aujourd'hui chargés de la gestion des agréments préalables et des autorisations d'exportation.
- une économie de 1 ETPT peut également être escomptée au niveau de l'analyse des contrats : leur conformité aux agréments préalables délivrés est en effet aujourd'hui systématiquement vérifiée. Cette obligation demeurera pour les contrats d'exportation et pour les opérations de transfert nécessitant une licence individuelle assortie de conditions particulières, mais n'aura plus lieu d'être systématique dans le cadre des opérations s'inscrivant dans le cadre des licences générales.

Ces chiffres ne sont pas strictement proportionnés à la réduction du nombre d'actes en raison de la complexité variable des dossiers. En effet, aujourd'hui déjà, les opérations les moins sensibles requièrent une saisie dans l'outil informatique et une analyse technico-administrative moins approfondie. Les dossiers restants après la réforme proposée étant les plus complexes au vu du couple produit/pays, le gain obtenu ne peut pas être proportionnel.

Ces économies seront par ailleurs partiellement compensées par la nécessité de mettre en place et d'animer le processus de certification des entreprises, d'assurer le suivi des primo-déclarations associées aux licences générales et de faire face à un accroissement des activités de contrôle *a posteriori*. La charge supplémentaire correspondant à ces activités est évaluée à 3 ETPT au sein du service de la DGA qui sera responsable des opérations de contrôle.

Dans le cas où l'Etat (DGA) serait tout à la fois organisme de certification et d'audit, le volume des auditeurs est estimé à 4 personnes, auxquels il conviendra d'ajouter une cellule qui assurera la coordination des certifications.

2.1.3. L'impact administratif pour le Contrôle général des armées (CGA)

Dans le cadre du comité siégeant auprès du ministre de la défense et chargé des contestations en douane, qu'il préside, le CGA prononce le classement des matériels exportés, transférés et importés, sur demande du ministère chargé des douanes ou du ministère de la défense, lorsqu'il existe un doute sur leur appartenance à la catégorie matériels de guerre ou assimilés.

Dans le même temps, la refonte des catégories de classement des armes et munitions conduira à une redéfinition du périmètre des responsabilités entre les ministères de la défense et de l'intérieur. Les ETPT du CGA, consacrés au contrôle des armureries titulaires d'autorisations de fabrication et de commerce des matériels de 4^{ème} catégorie seront intégralement versés au contrôle *a posteriori* des sociétés. Ils seront augmentés d'un ETPT, portant ainsi à 4 le nombre des personnels en charge de cette activité.

2.2. L'impact administratif sur la Délégation aux affaires stratégiques/sous-direction de la prolifération et du contrôle

Le bureau du contrôle des exportations d'armement de la sous-direction prolifération et contrôle est composé de 8 ETPT. Ce bureau, chargé de piloter et de coordonner la politique du contrôle des produits sensibles en liaison avec les autres services du ministère de la défense, est une entité d'expertise de haut niveau, effectuant la synthèse de l'avis du ministère

de la défense à la CIEEMG sur les demandes d'exportation et celle des évolutions réglementaires nécessaires. Elle est également chargée de piloter des études *ad hoc* sur des sujets sensibles.

La diminution globale des actes administratifs (notamment les moins sensibles) n'aura aucune incidence sur la charge de travail de ce bureau, compte tenu du fait que le volume des dossiers sensibles devrait très peu varier. L'expertise exigée de ce bureau, en qualité et en quantité, devrait donc demeurer stable.

2.3. L'impact administratif sur l'Etat-major des armées (EMA)

L'équipe dédiée à l'expertise des demandes d'exportation de matériels sensibles est composée au sein de l'EMA, de 5 ETPT et d'une dizaine d'experts au sein de chaque armée saisis ponctuellement (soit une trentaine au total).

Les 5 ETPT de l'entité EMA/MA/MA3 constituent une cellule d'expertise au même titre que le bureau contrôle de la DAS décrit *supra*. Ils n'ont aucune tâche de gestion. La diminution globale des actes administratifs n'aura donc pas d'impact sur le personnel de l'EMA. Là encore, la charge de travail devrait demeurer stable.

2.4 Bilan en effectifs pour le ministère de la défense :

Gains en ETPT (équivalent temps plein travaillé):

DGA/DI : -5 à -6 liés à l'introduction des licences uniques

DGA/DI : -1 lié à un contrôle des contrats par échantillonnage

CGA : -3 du fait du transfert du contrôle des armes de la 4^{ème} catégorie du ministère de la défense vers le ministère de l'intérieur.

Besoin d'ETPT supplémentaires :

DGA/DI : +3 pour la vérification de conformité des matériels vs licences, traitement des primo-déclarations, suivi des sociétés certifiées

CGA : +4 pour le contrôle *a posteriori* sur place

La DGA/SQ et la DPSD ne voient pas varier leurs effectifs, bien que leurs missions évoluent.

Au total, la mise en œuvre des réformes issues de la transposition de la directive sur 2009/43/CE et relatives aux procédures d'exportation conduisent à estimer que le ministère de la défense pourrait faire une économie de 2 à 3 ETPT.

Paragraphe 3 - L'impact administratif sur le ministère chargé des douanes

Le ministre chargé des douanes délivre les autorisations d'importation, d'exportation, de transit et de transfert de matériels de guerre, armes et munitions ainsi que les autorisations d'importation, d'exportation de transit et de transfert de produits explosifs (16 000 titres en

2009). La suppression des autorisations intracommunautaires d'importation (360 en 2009) et de transit (381 en 2009) n'aura que peu d'incidence sur la charge de travail de ses agents.

Avec la suppression de l'article 2 ter du code des douanes, les transferts intracommunautaires de matériels de guerre ne seront plus soumis à des formalités douanières, qui constituent un contrôle *a priori*. Le dispositif prévu fera peser l'ensemble du contrôle sur le dispositif de contrôle *a posteriori*.

Les déclarations fondées sur l'article 2 ter représentent 0,3 % du total des déclarations d'exportation traitées par l'administration des douanes. La disparition de la déclaration en douane, et du suivi statistique qui en découle, sera compensée par les registres et les déclarations des entreprises.

Afin de conserver une connaissance des flux réels de transferts de matériels de guerre et de matériels assimilés dans la période qui précède la publication du décret d'application, la suppression de l'article 2 ter du code des douanes et l'entrée en vigueur de l'article 38 § 4 du même code sont reportées à la date de publication de ce décret et au plus au 30 juin 2012.

Du fait de l'inscription des matériels de guerre à l'article 38 § 4 du code des douanes, l'administration des douanes conservera ses pouvoirs de recherche, de constatation et de sanction des infractions. Ces contrôles pourront s'exercer au moment de la circulation des biens et *a posteriori* auprès des industriels. On rappellera que, pour renforcer l'efficacité du contrôle, un dispositif d'échanges spontanés d'informations entre les agents des douanes et ceux du ministère de la défense est introduit.

Au final, pour le ministère chargé des douanes, la transposition de la directive n'aura pas d'impact significatif sur sa charge de travail et sur ses effectifs.

Paragraphe 4 - L'impact administratif sur le ministère des affaires étrangères et européennes

Au ministère des affaires étrangères et européennes, le contrôle des exportations de matériels sensibles mobilise 3 ETPT. Le temps de travail gagné grâce aux réformes proposées serait toutefois affecté à de nouvelles tâches, notamment :

- un travail permanent de veille sur l'environnement politique et juridique international, en vue d'éventuelles demandes de modification, de suspension, d'abrogation ou de retrait de licence ;
- le traitement d'un nombre plus élevé de licences individuelles traitées en procédure continue.

Au total, la charge de travail devrait sensiblement s'équilibrer pour un format déjà extrêmement réduit. Aucune réduction d'effectifs n'apparaît par conséquent possible.

Paragraphe 5 - L'impact administratif en matière de système d'information (SI)

Mis en service en 2006, le système d'information SIEX-ENODIOS assure le soutien aux procédures de contrôle des exportations de matériels de guerre : soutien au processus

CIEEMG et délivrance des agréments et des autorisations selon un principe de dématérialisation des échanges interministériels.

La transposition de la directive TIC et les mesures de réforme du contrôle des exportations amènent à faire évoluer les procédures internes à l'administration, les relations avec l'industrie et, par conséquent, le besoin en soutien par le système d'information (SI).

Les principaux éléments dimensionnants en termes de SI liés aux réformes prévues proviennent essentiellement des fonctions nouvelles liées:

- à la primo-déclaration des entreprises leur permettant d'utiliser des licences générales ;
- à la suppression de l'attestation de passage en douane, remplacée par une obligation pour toutes les entreprises d'adresser deux fois par an à l'administration le récapitulatif de leurs prises de commandes et de leurs exportations/transferts ;
- le contrôle a posteriori des registres tenus par les entreprises, avec prise en compte des certifications délivrées par les autres pays de l'UE et des clauses de non réexportation ;
- aux capacités nouvelles de modification, suspension, abrogation ou retrait des licences.

De même, le système devra être adapté pour prendre en compte la licence dite unique.

Compte tenu de ces nouveaux besoins, il a été décidé de lancer, dans le cadre d'un contrat d'assistance à la maîtrise d'ouvrage, une étude ayant pour objet d'évaluer le potentiel d'adaptation de SIEX-ENODIOS, d'étudier plusieurs scénarios allant de l'adaptation de SIEX au développement d'un nouveau système et de proposer une solution globale (cible future et période transitoire) respectant les contraintes calendaires imposées par la directive.

L'étude, notifiée le 10 juin 2010, prendra en compte les décisions en matière de réforme du contrôle et aboutira à la fourniture d'un ou deux cahiers de clauses techniques particulières (CCTP) en fin d'année 2010.

Dans le prolongement sera lancé, en fonction des décisions prises, un marché de réalisation (hypothèse de notification au 3^{ème} trimestre 2011) pour une mise en service opérationnelle au plus tard le second semestre 2014.

Section 3 - L'impact juridique

Paragraphe 1 - L'impact sur le plan législatif

Le tableau figurant en annexe n° 7 permet d'établir la correspondance entre les articles de la directive et les articles du projet de loi qui les transposent.

Le principal texte impacté par la transposition de la directive 2009/43/CE est le code de la défense et son actuel chapitre 5 du titre III du livre III de la deuxième partie législative (articles L. 2335-1 à L. 2335-4). Les articles existants sont modifiés pour définir, d'une part, un nouveau régime des exportations, d'autre part, les règles des transferts intracommunautaires.

Le chapitre 9 de ce code concernant les dispositions pénales est également modifié pour prendre en compte les dispositions prévues par l'article 16 de la directive, qui imposent aux Etats membres d'édicter des sanctions efficaces, proportionnées et dissuasives.

Le projet de loi instaure dans le code de la défense de nouvelles sanctions pénales afin, de réprimer les infractions suivantes :

- le fait de transférer des produits liés à la défense sans autorisation préalable ou ne respectant pas les conditions définies dans les licences (cette infraction sera également soumise aux sanctions prévues par le code des douanes) ;
- l'absence de tenue du registre des transferts ;
- la mauvaise tenue répétée du registre, significative d'une volonté de cacher des transferts frauduleux ;
- le non respect de l'obligation d'information des destinataires ;
- le non respect de l'obligation d'établir une déclaration d'utilisation finale ;
- l'absence de déclaration d'une première utilisation d'une licence générale de transfert.

Le régime des sanctions devient commun aux transferts et aux importations/exportations, compte tenu de la grande similitude des infractions incriminables.

Paragraphe 2 - L'impact sur le plan réglementaire

Un premier décret en Conseil d'Etat précisera les procédures afférentes aux exportations et aux transferts (voir tableau en annexe n° 7).

Il reprendra en substance, pour ce qui concerne les exportations, une grande partie de l'arrêté du 2 octobre 1992, en tenant compte de l'incidence des dispositions de la directive 2009/43/CE.

Il précisera les dispositions transitoires concernant les agréments préalables (d'exportation et de transfert) ainsi que les autorisations (d'exportation et de transfert).

Il précisera également les conditions de première utilisation d'une licence générale (d'exportation ou de transfert), ainsi que le contenu des outils du contrôle *a posteriori* tels que le registre ou le compte rendu semestriel des prises de commandes et de livraisons.

Enfin, il précisera les dispositions relatives à la procédure de certification (pour le volet transferts), ainsi que celles relatives à la qualification des entreprises exportatrices postulant pour une licence globale ou générale.

Un deuxième décret sera pris lorsque les moyens informatiques auront été adaptés pour permettre la délivrance des licences dites uniques (à l'exportation comme pour les transferts). Ce deuxième décret sera codifié dans la partie réglementaire du code de la défense. Le premier décret sera alors abrogé.

Ces deux textes successifs seront, en tout état de cause, conformes à la directive (voir le 1.1. du paragraphe 1 de la section 2 de la partie 3).

Le décret du 6 mai 1995, en son titre V, fera l'objet d'une adaptation permettant d'opérer un partage clair entre les matériels soumis à la directive du 6 mai 2009, et donc au nouveau régime des transferts, et les armes et munitions concernées par deux autres directives, (91/477/CEE du 18 juin 1991 relative au contrôle de l'acquisition et de la détention d'armes, et 93/15/CE du 5 avril 1993 relative à l'harmonisation des dispositions concernant la mise sur le marché et le contrôle des explosifs à usage civil).

Enfin, des arrêtés porteront création de licences générales.

Paragraphe 3 - La mise en œuvre et le suivi

Le nouveau dispositif entrera en vigueur dès la publication des textes réglementaires d'application de la loi.

A titre transitoire, et pour des raisons matérielles tenant aux systèmes d'information à adapter, la licence unique d'exportation et de transfert restera temporairement traduite par un système de double niveau d'autorisation : l'agrément préalable et l'autorisation d'exportation, délivrés de façon individuelle ou globale.

Il est également prévu que les agréments préalables globaux et les autorisations globales d'exportation de matériels de guerre, en cours de validité à la date d'entrée en vigueur des nouveaux textes et qui portent sur des destinations intracommunautaires et obtenus pour une durée limitée, vaudront licences globales de transfert dès la publication de la loi, afin d'éviter aux entreprises de devoir déposer de nouveaux dossiers. Un délai sera octroyé aux industriels et à l'administration pour procéder aux adaptations nécessaires.

Par ailleurs, les outils permettant un suivi régulier existent d'ores et déjà en matière d'exportation des matériels de guerre et assimilés. Ils pourront naturellement s'adapter au cas des exportations et des transferts intra-communautaires après l'entrée en vigueur de la loi et de ses textes réglementaires d'application.

Un point de situation général sera présenté chaque trimestre au ministre de la défense et au Premier ministre, concernant le respect des objectifs et des délais fixés à la commission interministérielle pour l'étude des exportations de matériels de guerre (CIEEMG). Ce point de situation sera élargi aux transferts intracommunautaires.

De même, un rapport annuel sur les exportations de matériels de guerre est établi par le ministère de la défense à l'attention du Parlement. Il concernera aussi les transferts intra-communautaires.

Paragraphe 4 - Les risques de contentieux devant les juridictions administratives

Jusqu'à présent, la jurisprudence administrative en matière d'importation et d'exportation de matériel de guerre est restée peu abondante. Une seule décision a été rendue par le Conseil d'Etat dans ce domaine (CE 12 mars 1999 n° 162131 Société Héli-Union), qui a considéré qu'une décision de non renouvellement d'une autorisation d'exportation a le caractère d'acte se rattachant à la conduite des relations internationales et donc insusceptible de recours. Toutefois, cette décision du Conseil d'Etat est liée à la circonstance que le renouvellement de l'autorisation est intervenu en exécution d'une résolution du Conseil de sécurité des

Nations-Unies. Cette jurisprudence ne saurait donc être interprétée comme excluant, à l'avenir, toute possibilité de contester devant le juge administratif ce type de décision.

La possibilité, introduite par le présent projet de loi, de suspendre, modifier, abroger ou retirer une autorisation d'importation, une licence d'exportation ou une licence de transfert pourra, par ailleurs, entraîner des recours devant le juge administratif.

Le juge contrôlera notamment qu'une telle décision a bien été prise pour des raisons de respect des engagements internationaux de la France, de protection des intérêts essentiels de sécurité, d'ordre public ou de sécurité publique, ou pour non respect des conditions spécifiées dans l'autorisation ou la licence, tous éléments figurant dans la loi.

Paragraphe 5 - Le champ d'application : l'implication sur l'Outre-mer

5.1. Le droit applicable actuellement

Les échanges de matériels de guerre et de matériels assimilés, entre la France et le reste du monde (UE comprise) sont actuellement régis par les articles L. 2335-1 à L. 2335-4 du code de la défense (Chapitre 5 « Importations et exportations »).

Ces dispositions sont applicables sur l'ensemble du territoire de la République (mentions expresses d'application pour Mayotte, Wallis et Futuna, Polynésie Française, Nouvelle-Calédonie et Terres Australes et Arctiques Françaises aux articles L. 2421-1, L. 2431-1, L. 2441-1, L. 2451-1, L. 2461-1 et L. 2471-1).

Au niveau réglementaire, le décret n° 95-589 du 6 mai 1995 détermine les cas de dérogation à la prohibition d'importation (titre IV).

Les décrets n° 2009-450 et 2009-451 du 21 avril 2009 qui « transposent » en Polynésie française et en Nouvelle-Calédonie le décret du 6 mai 1995 reprennent les dérogations au régime de prohibition à l'importation. Les autorisations sont cependant délivrées par le haut-commissaire de la République après avis d'un comité interservices local. La Nouvelle-Calédonie et la Polynésie Française ne faisant pas partie du même territoire douanier que celui de l'Union européenne, aucune disposition préférentielle n'est prévue pour les échanges à destination ou en provenance des Etats-membres de l'Union européenne.

Le dispositif de transfert des armes à destination ou en provenance des Etats membres n'est pas repris (art. 77 et suivants, et 113 et suivants du décret du 6 mai 1995).

5.2. La transposition de la directive 2009/43/CE du 6 mai 2009

La directive du 6 mai 2009 impose à la France d'abandonner son régime de prohibition pour créer un régime d'autorisation de transferts fondé sur la liberté communautaire encadrée du commerce et de l'industrie (article 4.1 de la directive).

L'article 1^{er} du projet de loi remplace les articles L. 2335-1 à L. 2335-4 du code de la défense.

Un régime de la prohibition des importations et de la soumission des exportations à autorisation est maintenu en provenance et en direction des Etats tiers à l'Union européenne. Ce régime peut être étendu en l'état dans les collectivités d'outre-mer (COM).

En revanche, les dispositions qui concernent les transferts au sein de l'Union européenne (article 1^{er} du projet de loi) sont inopérantes dans les COM qui ont, en droit communautaire, le statut de PTOM.

Les articles 2 et 3 du projet de loi prévoient les dispositions pénales correspondantes aux dispositions précédentes. Elles peuvent être étendues en l'état (les renvois aux dispositions inapplicables ne sont pas étendus implicitement).

L'article 4 abroge l'article 2 ter du code des douanes. Cet article n'est applicable qu'à Saint-Martin et Saint-Barthélemy (sans mention expresse). Son abrogation y est applicable de plein droit.

Section 4 - L'impact en matière de sécurité

Paragraphe 1 - L'impact sur nos capacités d'équipement

Aucune opération militaire ne peut être convenablement conduite si l'approvisionnement en équipements, munitions, pièces détachées et maintenance n'est pas assuré dans des délais rapides et compatibles avec les besoins opérationnels de nos forces armées. Le périmètre additionné de l'ensemble des licences générales des 27 Etats membres européens permettra de garantir une large sécurité d'approvisionnement pour toutes les forces armées européennes.

La sécurité communautaire des flux d'approvisionnements militaires assurée sur le long terme grâce aux licences générales devrait contribuer à décourager progressivement la duplication des programmes, des stocks et des activités de recherche, et représenter des économies d'échelle significatives. Les Etats membres devraient progressivement s'accommoder d'une culture de mutuelle dépendance et de spécialisation industrielle.

Paragraphe 2 - L'impact en matière de terrorisme et de dissémination d'armes conventionnelles

La directive 2009/43/CE repose sur le postulat selon lequel l'Europe est un continent sûr, au sein duquel les risques sécuritaires sont minimales, en tout état de cause, maîtrisés. Elle repose également sur l'idée que les Etats membres disposent de mécanismes de contrôle des transferts dont la fiabilité ira croissante, en particulier par la mise en œuvre des mécanismes de certification (fiabilité du contrôle interne des entreprises) et des contrôles *a posteriori* par les Etats.

Toutefois, la France ne perd pas de vue que les frontières de l'Europe jouxtent des zones instables et à risques et que des disparités de culture de contrôle existent au sein même de l'Europe, dont il convient de tenir compte.

Les choix français, tels que retenus au stade de finalisation de la présente étude d'impact, écartent ainsi, à ce stade, les armes létales du projet de licence générale n° 2 : les armes à feu des catégories ML.1 et ML.2, des systèmes d'armes des catégories ML. 4 (bombes, missiles, roquettes, torpilles, etc.), ML.12 (systèmes d'arme à énergie cinétique) et ML.19 (armes laser). Cette politique ne pourra progressivement évoluer qu'au fur et à mesure que le fonctionnement du marché apportera la preuve que tous les pays européens respectent des standards de contrôle très élevés.

D'autres matériels, tels que les poudres et explosifs militaires (ML.8), seront inscrits après avoir tenu compte de l'existence d'intérêts industriels importants et d'un secteur européen concentré dans ce domaine, avec de grands acteurs bien identifiés, peu suspects de présenter un risque de détournement.

En définitive, les choix français en matière de contenu des licences générales d'exportation n'ont pas encore été arrêtés. A ce stade des travaux d'élaboration des licences générales de transfert et d'exportation, celles-ci ne devraient pas couvrir les armes létales, tel que mentionné précédemment. D'autres matériels, tels que les poudres et explosifs militaires (ML.8) méritent une étude approfondie.

Les travaux portant sur le contenu des licences générales d'exportation et de transfert se poursuivront jusqu'à l'été 2011, date d'entrée en vigueur des textes, afin de concilier au maximum intérêts industriels et préoccupations de sécurité.

Section 5 - L'impact environnemental

Le projet de loi n'a pas pour objectif d'intensifier les échanges entre la France et ses partenaires mais uniquement de simplifier les procédures de contrôle. Toutefois, en fonction du contexte économique et budgétaire, des effets positifs en termes de croissance et d'emplois qui restent, en tout état de cause, difficiles à quantifier, pourraient être induits par la mise en œuvre de la directive 2009/43/CE. Par voie de conséquence, l'évaluation de l'impact environnemental paraît également difficilement quantifiable.

Chapitre 5 - LES CONSULTATIONS MENÉES

Dans le cadre de la transposition de la directive, il a été procédé aux consultations suivantes :

Paragraphe 1 - Les travaux au sein du sous-comité 2 de la LoI

La France, qui préside le sous-comité 2 de la LoI (*Letter of Intent*) ayant en charge les questions relatives aux procédures d'exportation, a organisé au cours de l'année 2009 et de l'année 2010, plusieurs rencontres entre les pays membres de la LoI sur les divers volets de la transposition.

Sur le périmètre des licences générales, la France a présenté à ses partenaires *LoI* l'état des réflexions engagées sur ce thème. Ces échanges, complétés par des consultations bilatérales menées par le ministère de la défense avec les Allemands, les Britanniques et les Suédois, ont incité la France à privilégier :

- l'ouverture du périmètre des licences générales n° 1 s'adressant aux forces armées des Etats membres et donc à leurs pouvoirs adjudicateurs ;
- une ouverture plus restreinte du périmètre des licences générales n° 2 s'adressant aux entreprises certifiées, compte tenu de la sensibilité de certains équipements, du respect des engagements internationaux, de la protection du savoir-faire et des intérêts nationaux.

Sur la certification, les Etats sont convenus de définir une approche commune sur les types d'entreprises pouvant être certifiées. Un consensus a ainsi pu être dégagé sur le champ de la

certification. Il a été proposé d'exclure de la procédure de certification les sociétés se livrant exclusivement à des activités de courtage. Il est par ailleurs prévu, lors de prochaines réunions, de procéder à des évaluations comparatives du nombre et des modalités de certification des entreprises (référentiel, procédure, etc.).

Paragraphe 2 - Le groupe de travail informel sur la certification

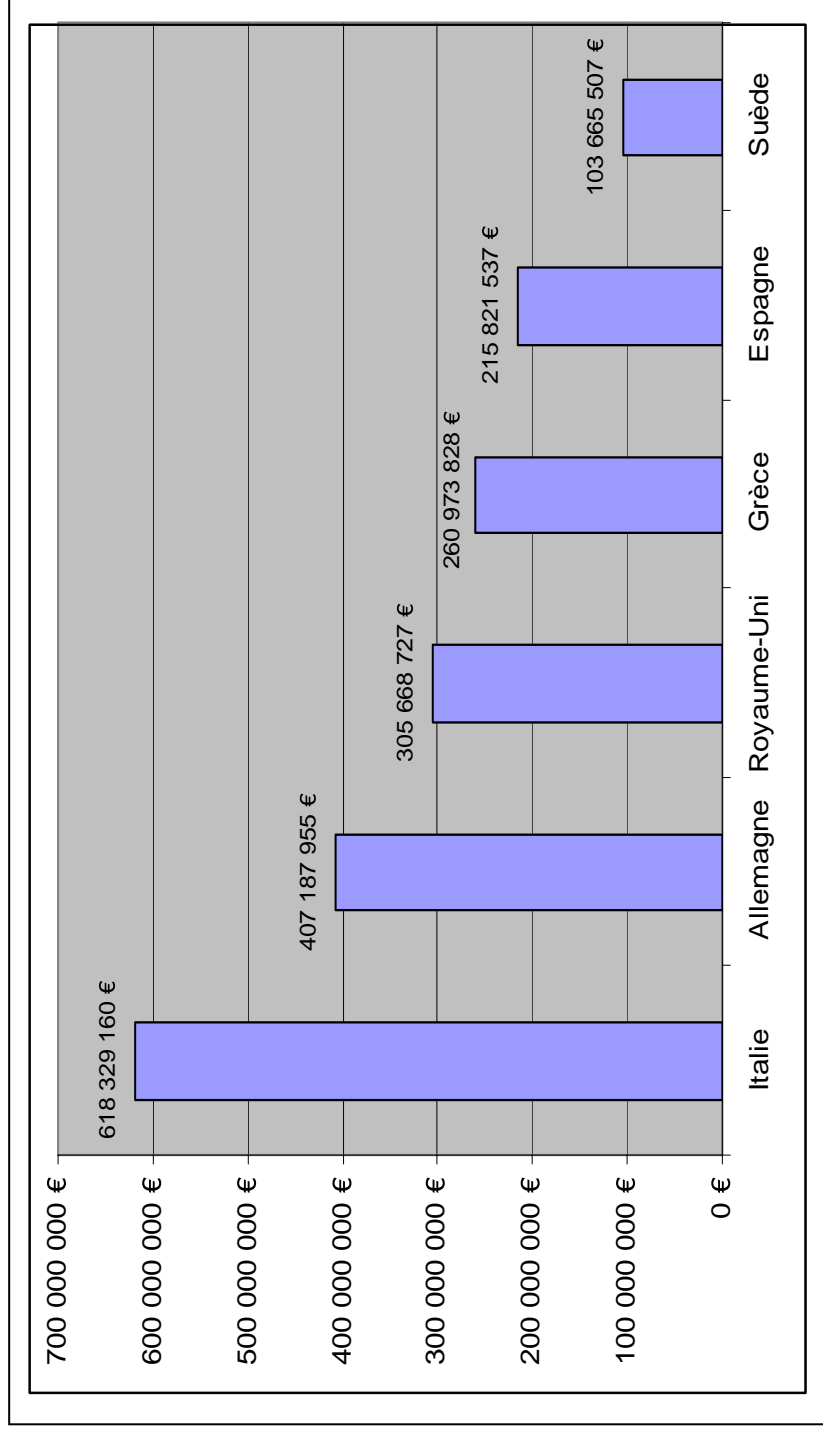
Un comité a été mis en place par la Commission européenne à partir de janvier 2010 sur l'organisation de la certification (éligibilité à la certification, procédure de demande de certification, mise au point du certificat, suspension et retrait de la certification, échanges d'informations). Une quinzaine d'Etats membres (qui disposent d'un vivier d'entreprises certifiables) ont régulièrement participé à ces travaux. Les débats et les conclusions, auxquels la France a activement participé, feront l'objet d'une recommandation qui devrait être adoptée lors d'une ultime séance en octobre 2010.

Paragraphe 3 - Les entretiens bilatéraux menés avec certains de nos partenaires européens

Ces entretiens (deux rencontres avec les représentants suédois et allemands) ont porté sur des préoccupations spécifiques, dont notamment la composition des licences générales n° 1 et n° 2 ainsi que l'organisation et le fonctionnement des licences uniques.

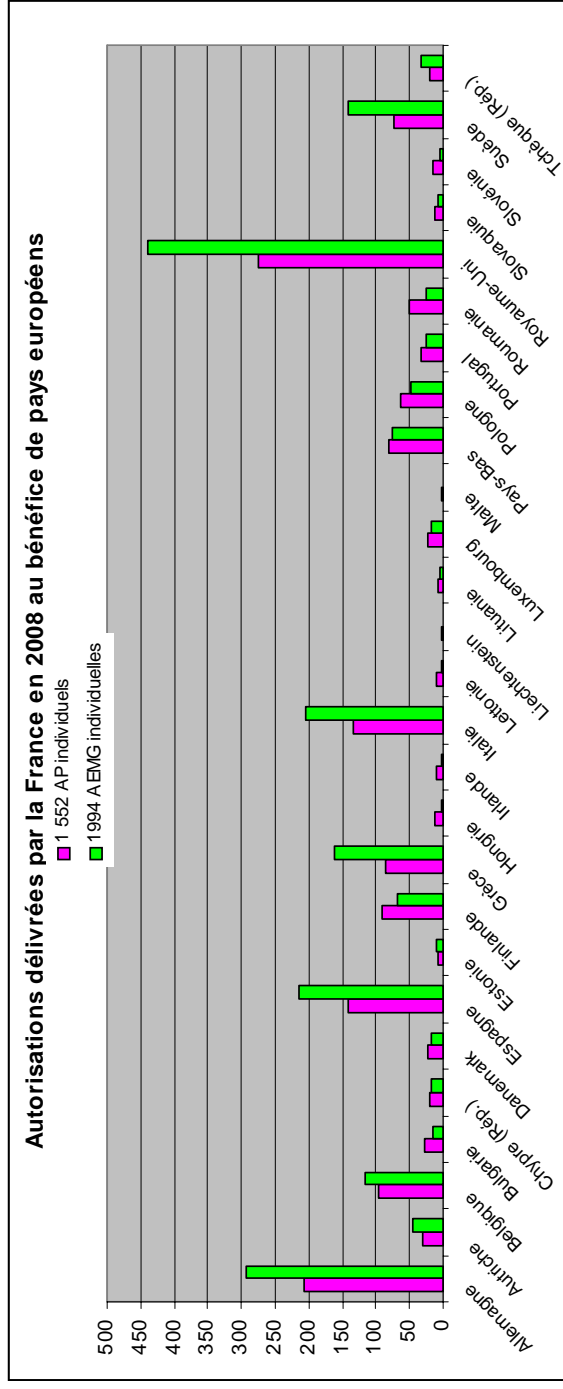
Paragraphe 4 - La concertation avec les industriels

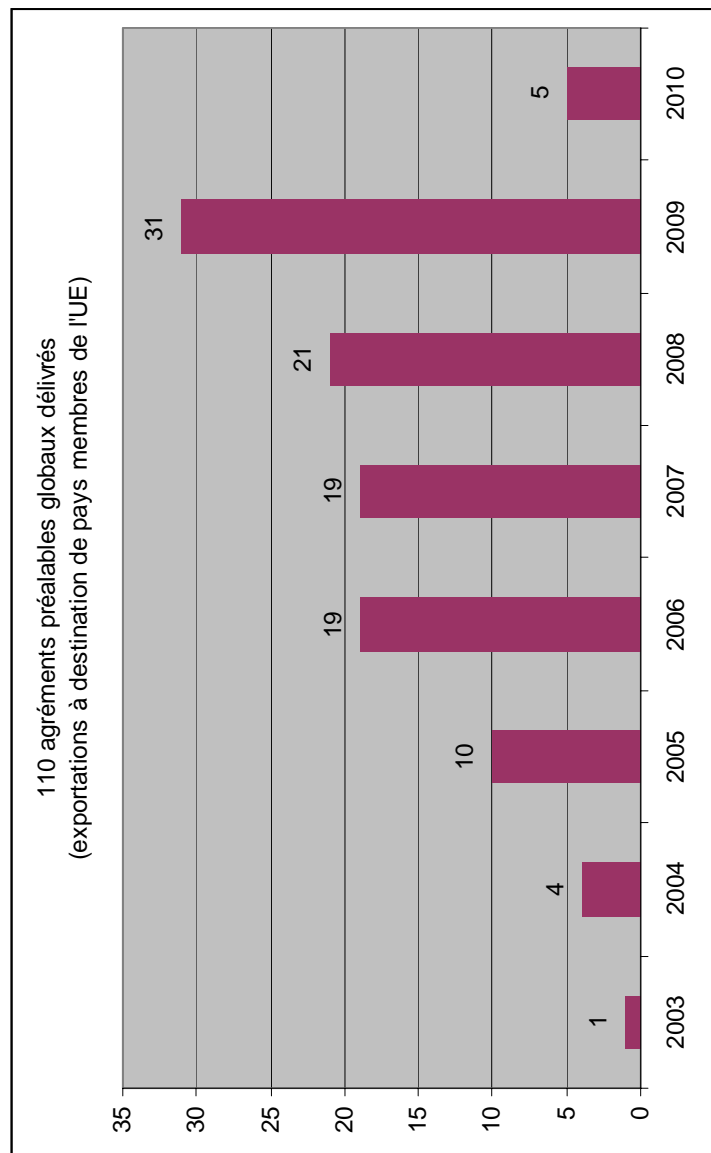
Les industriels ont été associés très tôt aux réflexions sur la transposition (certification, contenu des licences générales, contrôle *a posteriori*). La concertation s'est poursuivie par l'organisation d'un séminaire du ministère de la défense en novembre 2009, puis l'institution de groupes de réflexion dans le cadre du Comité Etat-Industrie organisée également par le ministère de la défense à partir d'avril 2010. Cette concertation a porté non seulement sur le contenu de la transposition mais également sur les modalités de réforme du contrôle des exportations (cf. Partie III, section 6).

ANNEXE n° 1**Transferts réalisés à partir de la France au cours de l'année 2009**

ANNEXE n° 2**Transferts réalisés à partir de la France au cours de l'année 2008**

Pays destinataire	AP	AEMG
Allemagne	207	293
Autriche	31	45
Belgique	97	117
Bulgarie	27	15
Chypre (Rép.)	21	17
Danemark	22	18
Espagne	141	214
Estonie	8	11
Finlande	90	67
Grèce	86	162
Hongrie	13	3
Irlande	11	3
Italie	135	204
Lettonie	9	2
Liechtenstein	2	
Lituanie	8	5
Luxembourg	22	18
Malte	2	
Pays-Bas	81	75
Pologne	62	48
Portugal	34	25
Roumanie	51	25
Royaume-Uni	274	440
Slovaquie	12	8
Slovénie	15	5
Suède	72	142
Tchèque (Rép.)	19	32
Total (Europe)	1 552	1 994



ANNEXE n° 3**Procédures globales mises en place par la France impliquant des pays européens**

Nota : Pour l'année 2010, le chiffre indiqué correspond au nombre d'APG délivrés sur les quatre premiers mois.

ANNEXE n° 4**Certificat d'utilisation finale - Engagement de non réexportation**

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE MINISTÈRE DE LA DÉFENSE		 N° 10 919 02
CERTIFICAT D'UTILISATION FINALE ENGAGEMENT DE NON RÉEXPORTATION		
1. Nom de la société française :	2. Nom et adresse de l'utilisateur final :	3. Etat d'utilisation finale :
_____	_____	_____

4. Références de l'agrément préalable (niveau vente) : _____

5. Références du contrat ou de la commande : _____ du : _____

6. Produits :

QUANTITÉS	DÉSIGNATION DES PRODUITS

7 - Certification de l'importateur étranger Nous certifions être l'importateur des produits indiqués à la rubrique 6 qui seront délivrés à l'utilisateur final indiqué à la rubrique 2.

A l'exception de l'utilisateur final indiqué à la rubrique 2, nous nous engageons à ne pas vendre, à ne pas donner, à ne pas prêter, à ne pas transmettre à quiconque et à ne pas exporter ces produits, y compris les équipements, rechanges et outillages spécifiques afférents livrés au titre du service après-vente ainsi que la documentation et les manuels d'emploi correspondants, sans l'accord préalable écrit du Gouvernement français.

Signature _____

Nom et fonction du signataire _____

Date _____

Cachet

Nom de la société française :	Nom et adresse de l'utilisateur final :	Etat d'utilisation finale :
_____	_____	_____

Références de l'agrément préalable (niveau vente) : _____
 Références du contrat ou de la commande : _____ du : _____

8 - Utilisation (précisez à quelles fins spécifiques les produits seront utilisés) :

9 - Certification de l'utilisateur final

a) Nous certifions être l'utilisateur final des produits indiqués à la rubrique 6.

Nous nous engageons à ne pas vendre, à ne pas donner, à ne pas prêter, à ne pas transmettre à quiconque et à ne pas exporter ces produits, y compris les équipements, rechanges et outillages spécifiques afférents livrés au titre du service après-vente ainsi que la documentation et les manuels d'emploi correspondants, sans l'accord préalable écrit du Gouvernement français.

Signature _____

Nom et fonction du signataire _____

Date _____

Cachet

b) Nous certifions que les produits indiqués à la rubrique 6 sont destinés à être intégrés dans nos propres fabrications et qu'ils ne seront, dans ce cas, pas vendus, donnés, prêtés, transmis, à quiconque ou exportés en l'état, sans l'accord préalable écrit du Gouvernement français.

Signature _____

Nom et fonction du signataire _____

Date _____

Cachet

10 - Certification du gouvernement de l'Etat d'utilisation finale

Nous certifions que l'utilisateur final indiqué à la rubrique 2 est autorisé à acquérir les produits indiqués à la rubrique 6.

a) Nous nous engageons à ne pas autoriser la réexportation, la revente, le prêt, le don et la transmission des produits indiqués à la rubrique 6, y compris les équipements, rechanges et outillages spécifiques afférents livrés au titre du service après-vente ainsi que la documentation et les manuels d'emploi correspondants, hors du territoire de l'Etat cité à la rubrique 3, sans l'accord préalable écrit du Gouvernement français.

Signature _____

Nom et fonction du signataire _____

Date _____

Cachet

b) Nous certifions avoir pris connaissance des engagements portant sur les produits indiqués à la rubrique 6, soumis au régime de contrôle des matériels de guerre en vigueur en France.

Signature _____

Nom et fonction du signataire _____

Date _____

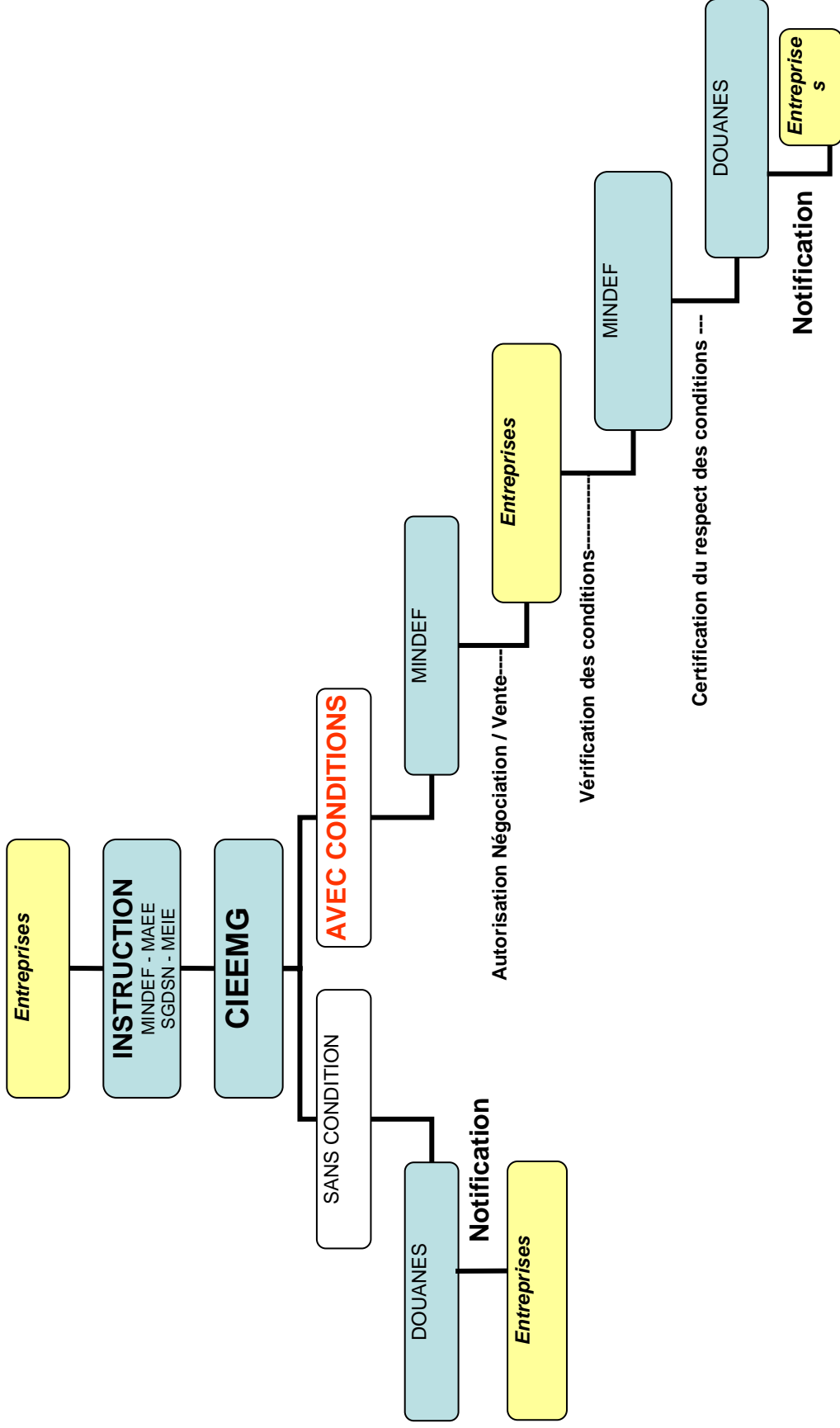
Cachet

ANNEXE n° 5Standard certificate template

LOGO OF THE MEMBER STATE – COMPETENT AUTHORITY
IDENTIFICATION OF THE COMPETENT AUTHORITY
CERTIFICATE
issued pursuant to Directive 2009/43/CE of the European Parliament and of the Council of 6 May 2009 simplifying terms and conditions of transfers of defence-related products within the Community
Certificate n° XXX –
The recipient undertaking..... (<i>name of the recipient undertaking</i>)
Registered under.....(<i>commercial registration number</i>)
Located at.....(<i>head office address, street n°, postal code, town</i>)
complies with the requirements of Article 9(2) of Directive 2009/43/EC as laid down in (<i>reference to the national law transposing article 9</i>).
The certified recipient undertaking, and its production units listed below, are entitled to receive defence-related products for their own production under general transfer licences published by other Member States as of.....(<i>date of entry into force</i>):
Addresses of production units:
(<i>Optional exclusion box</i>):
<i>This certificate does not allow the receipt of defence-related products of the following categories of the Common Military List of the Union:</i>
.....
Conditions of this certificate are laid down in(<i>relevant national law</i>)..
This certificate is valid until.....(<i>period of validity</i>)
Issued at.....(<i>place</i>)
On.....(<i>date of issue</i>)
(Signature of the competent authority in charge of certification)

ANNEXE N° 6

Schéma de la licence dite unique



ANNEXE N° 7**Tableau récapitulatif des textes réglementaires d'application du chapitre 1er du projet de loi**

Dispositions du projet de loi	Décret en Conseil d'Etat	Arrêtés
Article L ; 2332-8-1 pose le principe selon lequel les canons d'armes fabriquées en France sont soumis à des épreuves constatées par l'application d'un poinçon.		
L'article 1^{er} du projet de loi modifie le chapitre 5 du Titre III de la deuxième partie législative du code de la défense. Il modifie et crée les articles ci-dessous.		
Article L.2335-1 définit les principes qui s'appliquent aux importations des matériels des 6 premières catégories de matériels de guerre et matériels assimilés, notamment les conditions de délivrance des autorisations, les dérogations et la possibilité de suspension, modification, abrogation ou retrait de ces actes.	Le décret précisera la procédure de délivrance, les dérogations et les conditions de suspension, de modification, d'abrogation ou de retrait de ces actes.	
Article L. 2335-2 définit le principe qu'une exportation sans autorisation préalable de matériels de guerre et de matériels assimilés vers des Etats non membres de l'Union européenne est prohibée. Il renverra à l'autorité administrative la définition la liste des matériels de guerre et assimilés soumis à autorisation préalable et les dérogations.		L'arrêté interministériel du 17 juin 2009 fixant la liste des matériels de guerre et matériels assimilés soumis à une procédure spéciale d'exportation (1 ^{ère} partie : liste militaire commune) sera modifié chaque année en fonction de l'évolution de cette liste au niveau communautaire.
Article L. 2335-3 définit les formes de l'autorisation préalable, qui prend le nom de licence d'exportation : licence générale, licence globale ou individuelle. Cet article fixe également le principe de la licence unique (applicable après la fin de la période transitoire).	Le décret d'application précisera les modalités de délivrance des autorisations et la durée de validité de celles-ci durant la période transitoire.	- Des arrêtés définiront les catégories de licence générale d'exportation. - Un arrêté du ministre de la défense déterminera le service auprès duquel sera déposée la demande d'autorisation préalable.
Article L. 2335-4 définit la possibilité de suspendre, modifier, abroger et retirer des licences d'exportations.	Le décret d'application précisera la procédure et les conditions de suspension, de modification, d'abrogation et de retrait des licences d'exportation.	

<p>Article L. 2335-5 prévoit l'obligation pour un exportateur utilisant une licence générale pour la première fois d'informer le ministère de la défense. Il prévoit également l'obligation pour l'exportateur d'informer le destinataire des conditions dont est assortie la licence d'exportation.</p>	<p>Le décret prévoira les modalités de la délivrance, par le ministère de la défense, d'un récépissé et d'un numéro d'enregistrement pour l'utilisateur d'une licence générale d'exportation.</p>	
<p>Article L. 2335-6 prévoit l'obligation pour les exportateurs de tenir un registre des exportations effectuées. Il prévoit également pour les exportateurs et les importateurs l'obligation de faire un compte rendu des prises de commande, des exportations et des importations effectuées.</p>	<p>Le décret d'application prévoira les mentions obligatoires devant figurer dans le registre.</p>	<p>Un arrêté du ministre de la défense définira les modalités du compte rendu.</p>
<p>Article L. 2335-7 prévoit que les exportateurs de matériels reçus au titre d'une licence de transfert publiée ou notifiée par un autre Etat membre et faisant l'objet de restrictions à l'exportation, déclarent qu'ils ont respecté ses restrictions ou qu'ils ont obtenu l'accord de cet Etat membre.</p>		<p>Un arrêté du ministre de la défense définira les modalités de cette déclaration.</p>
<p>Article L. 2335-8 donne les définitions des termes "transfert", "fournisseur", "destinataire" et "licence de transfert", en application de la directive.</p>	<p>Ces dispositions n'appellent pas de mesure réglementaire d'application spécifique.</p>	
<p>Article L. 2335-9. définit le principe qu'un transfert sans autorisation préalable de produits liés à la défense vers des Etats membres de l'Union européenne est prohibé. Il renvoie à l'autorité administrative la définition la liste des matériels de guerre et assimilés soumis à autorisation préalable de transfert et les dérogations.</p>		<p>L'arrêté interministériel du 17 juin 2009 fixant la liste des matériels de guerre et matériels assimilés soumis à une procédure spéciale d'exportation (1^{ère} partie : liste militaire commune) sera modifié chaque année en fonction de l'évolution de cette liste au niveau communautaire.</p>
<p>Article L. 2335-10 indique les différentes formes de cette autorisation, qui prend le nom de licence se transfert : licence générale, licence globale ou individuelle. Cet article fixe également le principe de la licence unique (applicable après la fin de la période transitoire).</p>	<p>Le décret d'application précisera les modalités de délivrance des autorisations et la durée de validité de celles-ci durant la période transitoire.</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Des arrêtés définiront les catégories de licence générale de transfert. - Un arrêté du ministre de la défense déterminera le service auprès duquel sera déposée la demande d'autorisation préalable.
<p>Article L. 2335-11 prévoit, en application de la directive, les dérogations à l'obligation d'autorisation préalable.</p>	<p>Ces dispositions n'appellent pas de mesure réglementaire d'application spécifique.</p>	

<p>Article L. 2335-12 définit la possibilité de suspendre, modifier, abroger et retirer des licences de transfert.</p>	<p>Le décret d'application précisera la procédure et les conditions de suspension, de modification, d'abrogation et de retrait des licences de transfert.</p>	
<p>Article L. 2335-13 prévoit l'obligation pour un fournisseur utilisant une licence générale de transfert pour la première fois d'informer le ministre de la défense. Il prévoit également l'obligation pour le fournisseur d'informer le destinataire des conditions dont est assortie la licence générale de transfert.</p>	<p>Le décret prévoira la délivrance, par le ministère de la défense, d'un récépissé et d'un numéro d'enregistrement pour l'utilisateur d'une licence générale de transfert. Il prévoira également les modalités selon lesquelles le fournisseur informera le destinataire des conditions dont est assortie la licence générale</p>	
<p>Article L. 2335-14. prévoit l'obligation pour les fournisseurs de tenir un registre des exportations effectuées. Il prévoit également, pour les fournisseurs et les destinataires, l'obligation de faire un compte rendu des prises de commande et des transferts effectués et reçus.</p>	<p>Le décret d'application prévoira les mentions obligatoires devant figurer dans le registre</p>	<p>Un arrêté du ministre de la défense définira les modalités du compte rendu.</p>
<p>Article L. 2335-15 prévoit que, lorsque le transfert d'un matériel en provenance d'un autre Etat membre de l'Union européenne est conditionné par cet Etat à la production d'une déclaration d'utilisation, le destinataire atteste que le matériel qu'il acquiert doit être intégré dans ses propres produits et qu'il ne peut être ni transféré, ni exporté en l'état à partir du territoire français, sauf dans un but d'entretien ou de réparation.</p>		<p>Un arrêté du ministre de la défense déterminera les modalités de la déclaration.</p>
<p>Article L. 2335-16 prévoit que les entreprises souhaitant être destinataires de matériels de guerre et matériels assimilés transférés au titre des licences générales des autres Etats membres de l'Union européenne solliciteront, auprès de l'autorité administrative, une certification attestant de leur fiabilité.</p>	<p>Le décret d'application indiquera la durée de validité du certificat, les obligations liées à ce certificat, ainsi que les conditions de suspension et d'abrogation.</p>	<p>Un arrêté du ministre de la défense désignera les services chargés de la certification.</p>
<p>Article L. 2335-17 prévoit que le transfert de certaines armes, munitions et leurs éléments acquis à titre personnel figurant sur une liste fixée par décret en Conseil d'Etat, ainsi que des armes, munitions et leurs éléments non considérés comme matériels de guerre figurant sur la même liste, est soumis à une autorisation préalable spécifique.</p>	<p>.Les modalités d'application de cet article sont actuellement déterminées par les articles 91 et suivants du décret n° 95-589 du 6 mai 1995.</p>	
<p>Article L. 2335-18 prévoit que le transfert des satellites de détection ou d'observation, les véhicules spatiaux et satellites spécialement conçus ou modifiés pour un usage militaire, les fusées à capacité balistique militaire ainsi que leurs composants et moyens de production et d'essai, est soumis à une autorisation préalable</p>	<p>Le décret d'application déterminera les conditions et la procédure de délivrance de cette autorisation, ainsi que les dérogations.</p>	

spécifique.		
Article L. 2335-19 prévoit que les contestations en douane sont soumises à la décision d'un comité.	Un décret d'application déterminera l'organisation et le fonctionnement de ce comité.	
Article 2 du projet de loi modifie à droit constant les articles L. 2331-1, L. 2332-9 et 2352-1 du code de la défense pour tirer les conséquences rédactionnelles du nouveau régime des transferts intracommunautaires. Il étend en outre les contrôles exercés par le ministère de la défense aux titulaires de licences d'exportation et de transfert.	Ces dispositions n'appellent pas de mesure réglementaire d'application spécifique. Le décret d'application prévoit toutefois une contravention de la 5ème classe sanctionnant le fait d'omettre de renseigner une des informations obligatoires du registre.	
Article 3 du projet de loi prévoit les sanctions pénales notamment la modification dans le code de la défense du 2ème alinéa de l'article L. 2339-3, la section 5 du chapitre III du livre III de la 2ème partie et insère les articles L. 2339-11-1, L. 2339-11-2, L. 2339-11-3 et L. 2339-11-4.	Ces dispositions n'appellent pas de mesure réglementaire d'application spécifique.	
Article 4 du projet de loi réforme le code des douanes en supprimant son article 2 ter, qui prévoyait des formalités douanières incompatibles avec les transferts intracommunautaires de matériels de guerre et matériels assimilés. Il modifie également les articles 38, 95, 419 du même code et l'article L. 2332-7 du code de la défense afin de renforcer les pouvoirs de recherche, de constatation et de sanction des infractions dont dispose l'administration des douanes.	Ces dispositions n'appellent pas de mesure réglementaire d'application spécifique.	
Article 7 du projet de loi prévoit les mesures transitoires concernant les agréments préalables et les autorisations d'exportation délivrées antérieurement et toujours valides au moment de l'entrée en vigueur de la présente loi.	Ces dispositions n'appellent pas de mesure réglementaire d'application spécifique.	
Article 8 du projet de loi prévoit le maintien d'une autorisation à double étage (AP/AEMG) pour les exportations et les transferts durant une période transitoire qui ne pourra aller au-delà du 31 décembre 2014.	Le décret d'application prévoira les conditions et la procédure de délivrance, ainsi que la durée de validité des agréments préalables d'exportation et de transferts et des autorisations d'exportation et de transfert.	
Article 9 du projet de loi prévoit que, sous réserve des dispositions de l'article 8, les dispositions des articles 1 à 4 et l'article 7 entreront en vigueur le 30 juin 2012.	Ces dispositions n'appellent pas de mesure réglementaire d'application spécifique.	
Article 10 du projet de loi prévoit que les articles 1 à 3, 7 et 8 de la présente loi, ainsi que le I de l'article 9,	Ces dispositions n'appellent pas de mesure réglementaire	

sont applicables sur l'ensemble du territoire de la République et que le 2ème alinéa de l'article 4 est applicable à Saint-Pierre-et-Miquelon et dans les îles Wallis et Futuna.	d'application spécifique.	
--	---------------------------	--

Annexe n° 8TABLEAU DE TRANSPOSITION

de la directive n°2009/43/CE du 6 mai 2009 simplifiant les conditions des transferts de produits liés à la défense dans la Communauté.

Dispositions de la directive à transposer	Projet de loi transposant la directive 2009/43/CE du 6 mai 2009	Projet de décret en Conseil d'Etat	Arrêtés
Article 1 : Objet	La France continuera de décider sa politique d'exportation de produits liés à la défense. Elle mettra en œuvre également les dispositions des articles 36 et 346 du TFUE lorsque les circonstances l'exigeront.		
Article 2 : champ d'application La présente directive s'applique aux produits liés à la défense visés à l'annexe	Article L. 2335-9 du code de la défense prévoit que l'autorité administrative définira la liste des produits liés à la défense soumis à autorisation préalable.		L'arrêté interministériel du 17 juin 2009 fixant la liste des matériels de guerre et matériels assimilés soumis à une procédure spéciale d'exportation (1 ^{ère} partie : liste militaire commune) sera modifié chaque année en fonction de l'évolution de cette liste au niveau communautaire.
Article 3 : Définitions	Article L. 2335-8 du code de la défense reprend les définitions nécessaires de la directive.		
Article 4 Dispositions générales. 1) Le transfert de produits liés à la défense entre Etats membres est soumis à la délivrance d'une autorisation préalable. <u>Aucune autre autorisation</u> d'autres Etats membres n'est	L'article L. 2335-9 du code de la défense fixe le principe de l'autorisation préalable et l'article L. 2335-10 indique les différentes formes de cette autorisation et le contenu de celles-ci. Le nouveau	Le décret d'application précisera les modalités de délivrance des autorisations.	

<p>requis aux fins du passage par des Etats membres <u>ou de l'entrée sur le territoire de l'Etat membre où le destinataire</u> de produits liés à la défense <u>est situé</u>, sous réserve de l'application des dispositions nécessaires pour assurer la protection de la sécurité publique ou de l'ordre public (notamment sécurité des transports)</p> <p>2) Dérogations : Possibilité d'exception lorsque :</p> <p>a) le fournisseur ou le destinataire est une institution publique ou fait partie des forces armées</p> <p>b) les livraisons sont effectuées par l'UE, l'OTAN, AIEA, ou d'autres organisations intergouvernementales aux fins d'exécution de leur mission ;</p> <p>c) le transfert est nécessaire pour la mise en œuvre d'un programme de coopération en matière d'armements entre Etats membres ;</p> <p>d) le transfert est lié à l'aide humanitaire en cas de catastrophe, ou réalisé en tant que don dans le contexte d'une situation d'urgence ;</p> <p>e) le transfert est nécessaire à des fins de réparation, d'entretien, d'exposition ou de démonstration, ou après ces opérations.</p> <p>3) À la demande d'un Etat ou de sa propre initiative, la Commission peut modifier le paragraphe 2 (dérogations) dans le but d'y inclure les cas dans lesquels :</p> <p>a) le transfert se déroule dans des conditions qui n'affectent pas l'ordre public ou la sécurité publique ;</p> <p>b) l'obligation d'autorisation</p>	<p>dispositif de licence unique n'entrant pas immédiatement en vigueur afin d'adopter les mesures de mise en œuvre nécessaires, l'article 8 du projet de loi comporte des dispositions transitoires également conformes à la directive.</p> <p>Article L. 2335-11 du code de la défense reprend les mêmes dérogations que la directive.</p> <p>Le rôle de la Commission européenne mentionné par cet article de la directive n'a pas à faire l'objet d'une transposition au niveau national.</p>		
--	--	--	--

<p>préalable est devenue incompatible avec les engagements internationaux des Etats membres à la suite de l'adoption de la directive ;</p> <p>c) si la mesure est nécessaire dans l'intérêt de la coopération intergouvernementale telle que visée à l'article 1, paragraphe 4.</p> <p>Ces mesures, qui visent à modifier des éléments non essentiels de la présente directive en la complétant, sont arrêtées conformément à la procédure de réglementation avec contrôle visée à l'article 14, paragraphe 2.</p> <p>4) Les Etats membres veillent à ce que les fournisseurs qui souhaitent transférer des produits liés à la défense à partir de leur territoire puissent utiliser des licences de transfert générales, ou demandeur des licences globales ou individuelles</p> <p>5) Les Etats membres déterminent le type de licence de transfert pour les produits ou catégories de produits liés à la défense concernés en fonction des dispositions du présent article et des articles 5, 6 et 7.</p> <p>6) Les Etats membres déterminent toutes les conditions de licences de transfert, y compris d'éventuelles restrictions concernant l'exportation des produits liés à la défense à des personnes physiques ou morales situées dans des pays tiers, compte tenu notamment des risques créés par le transfert en ce qui concerne la sauvegarde des droits de l'homme, de la paix, de la sécurité, et de la stabilité. Les Etats membres ont la faculté, tout en respectant la législation communautaire, de recourir à la possibilité de demander des garanties</p>	<p>Article L. 2335-10 définit les trois types de licences répondant à ces dispositions de la directive.</p> <p>Idem</p> <p>Idem</p>	<p>Le décret prévoira que l'autorité administrative peut exiger qu'un engagement du destinataire de non réexporter le matériel soit présenté sous la forme d'un certificat de non-réexportation.</p>	
---	--	--	--

<p>d'utilisation finales, y compris les certificats d'utilisateur final.</p> <p>7) Les Etats membres déterminent les conditions des licences de transfert pour les composants d'après une évaluation du degré de sensibilité du transfert (nature et importance des composants par rapport aux produits auxquels ils doivent être incorporés).</p> <p>8) Sauf pour les transferts de composants qu'ils considèrent sensibles, les Etats membres s'abstiennent d'imposer des restrictions à l'exportation pour de tels composants lorsque le destinataire remet une déclaration d'utilisation attestant que les composants concernés par la licence de transfert sont ou doivent être intégrés dans ses propres produits et ne peuvent être transférés ni exportés ultérieurement en tant que tels, sauf dans un but d'entretien ou de réparation.</p> <p>9) les Etats membres peuvent retirer, suspendre ou restreindre l'utilisation de licences de transfert qu'ils ont délivrées à tout moment, pour des raisons de protection des intérêts essentiels de leur sécurité, de l'ordre public ou pour non respect des conditions spécifiées dans la licence.</p>	<p>Article L. 2335-15 prévoit que, lorsque le transfert d'un matériel en provenance d'un autre Etat membre de l'Union européenne est conditionné par cet Etat à la production d'une déclaration d'utilisation, le destinataire atteste, dans le contrat ou tout autre acte liant, que le matériel qu'il acquiert doit être intégré dans ses propres produits et qu'il ne pourra être ni transféré, ni exporté en l'état à partir du territoire français, sauf dans un but d'entretien ou de réparation.</p> <p>Article L. 2335-12 du code de la défense indique les raisons pour lesquelles l'autorité administrative pourra à tout moment suspendre, modifier, abroger ou retirer les licences de transfert.</p>	<p>Le décret précisera les conditions de retrait, de modification, d'abrogation ou de suspension des licences</p>	<p>Six arrêtés seront pris correspondants aux six licences générales prévues. Elles concerneront des matériels complets et leurs composants. Les composants sensibles ne relèveront pas de licences générales mais de licences globales ou individuelles.</p>
<p>Article 5 : Licences générales de transfert</p> <p>1) Les Etats membres publient des licences générales de transfert autorisant directement les fournisseurs établis sur leur territoire, qui respectent les conditions indiquées dans la</p>	<p>Le point 1 de l'article L. 2335-10 du code de la défense prévoit que des licences générales de transfert publiées par arrêté, comportant des listes de matériels</p>		

<p>licence générale de transfert, à effectuer des transferts de produits liés à la défense, devant être spécifiés dans la licence générale de transfert, à une ou plusieurs catégories de destinataires situés dans un autre Etat membre.</p> <p>2) Sans préjudice de l'article 4, paragraphe 2, les licences générales de transfert sont publiées au moins lorsque :</p> <p>a) le destinataire fait partie des forces armées d'un Etat membre ou d'un pouvoir adjudicateur dans le domaine de la défense, qui réalise des achats dans un but exclusif d'utilisation par les forces armées d'un Etat membre ;</p> <p>b) le destinataire est une entreprise certifiée conformément à l'article 9 ;</p> <p>c) le transfert est effectué à des fins de démonstration, d'évaluation ou d'exposition.</p> <p>d) le transfert est effectué à des fins d'entretien et de réparation, si le destinataire est le fournisseur d'origine des produits liés à la défense.</p> <p>3) Les Etats membres qui participent à un programme de coopération intergouvernementale concernant le développement, la fabrication ou l'utilisation d'un ou de plusieurs produits liés à la défense peuvent publier une licence générale de transfert pour ces transferts vers d'autres Etats membres participant audit programme qui sont nécessaires à la réalisation de celui-ci.</p> <p>4) Les Etats membres peuvent définir les conditions d'enregistrement avant la première utilisation d'une licence générale de transfert, sans préjudice des autres dispositions de la présente</p>	<p>autorisant directement un fournisseur établi en France à effectuer le transfert de ces matériels, vers une ou plusieurs catégories de destinataires situés dans un autre Etat membre de l'Union européenne.</p> <p>Cette disposition de la directive est optionnelle. Il n'y a donc pas de contrainte de transposition sur ce point.</p>	<p>Le décret prévoira les conditions d'enregistrement et d'utilisation de la licence générale de transfert.</p>	<p>Des arrêtés définiront les catégories de licence générale. Les types de licences suivants sont envisagés :</p> <ul style="list-style-type: none"> - licence générale n° 1 vers les forces armées ou leurs pouvoirs adjudicateurs ; - licence générale n° 2 vers les entreprises certifiées ; - licence générale n° 3 A pour les salons internationaux ; - licence générale n° 3 B pour les essais et démonstrations ; - licence générale n° 4 A pour perfectionnement actif ; - licence générale n° 4 B pour perfectionnement passif.
---	---	---	--

directive.			
<p>Article 6 : Licences globales de transfert</p> <p>1) À la demande de fournisseurs individuels, les Etats membres décident de délivrer à ces derniers des licences globales de transfert autorisant les transferts de produit liés à la défense à des destinataires situés dans un ou plusieurs autres Etats membres.</p> <p>2) Dans chaque licence globale de transfert, les Etats membres spécifient les produits ou catégories de produits liés à la défense auxquels la licence globale de transfert s'applique et les destinataires ou catégories de destinataires autorisés. Une licence globale de transfert est délivrée pour une période de trois ans, que les Etats membres peuvent renouveler.</p>	<p>Le point 2 de l'article L. 2335-10 du code de la défense prévoit des licences globales de transfert, faisant l'objet d'une notification, autorisant, à sa demande, un fournisseur établi en France à effectuer des transferts de matériels de guerre et matériels assimilés spécifiques à un ou plusieurs destinataires identifiés, situés dans un autre Etat membre de l'Union européenne, pour une durée déterminée sans limite de quantité ni de montant.</p> <p>L'article 8 du projet de loi prévoit que la licence globale de transfert prendra la forme d'un agrément préalable global et d'une autorisation globale de transfert durant la période transitoire (au plus tard jusqu'au 31 décembre 2014).</p>	<p>Le décret prévoira des dispositions spécifiques aux agréments préalables globaux et aux autorisations globales de transfert (conditions de délivrance, autorité de délivrance, durée de validité).</p>	<p>Un arrêté du ministre chargé des douanes définira les conditions de la demande d'autorisation globale de transfert.</p> <p>Un arrêté du ministre de la défense déterminera le service auprès duquel sera déposée la demande d'agrément préalable global de transfert.</p>
<p>Article 7 Licences individuelles de transfert</p> <p>A la demande de fournisseurs individuels, les Etats membres décident de délivrer à ces derniers des licences individuelles de transfert autorisant un transfert d'une quantité spécifiée de produits liés à la défense spécifiés, devant être effectué en une ou plusieurs expéditions à un destinataire, lorsque :</p> <p>a) la demande de licence de transfert est limitée à un seul transfert ;</p> <p>b) la protection des intérêts essentiels de leur sécurité ou des raisons d'ordre public l'exigent ;</p> <p>c) cela est nécessaire pour respecter les obligations et les engagements internationaux</p>	<p>Le point 3 de l'article L. 2335-10 du code de la défense prévoit des licences individuelles de transfert, faisant l'objet d'une notification, autorisant à la demande d'un fournisseur établi en France à effectuer le transfert en une ou plusieurs expéditions, d'un ou plusieurs matériels de guerre et matériels assimilés, à un destinataire situé dans un autre Etat membre de l'Union européenne.</p> <p>Article 8 du projet de loi prévoit que la licence individuelle de transfert prendra la forme d'un agrément préalable et d'une autorisation de transfert</p>	<p>Le décret prévoira les dispositions concernant les agréments préalables et les autorisations de transfert (conditions de délivrance, autorité de délivrance, durée de validité).</p>	<p>Un arrêté du ministre chargé des douanes définira les conditions de la demande d'autorisation de transfert.</p> <p>Un arrêté du ministre de la défense déterminera le service auprès duquel est déposé la demande d'agrément préalable de transfert.</p>

<p>des Etats membres ; ou d) un Etat membre a de sérieuses raisons de croire que le fournisseur ne sera pas en mesure de remplir toutes les conditions nécessaires à l'obtention de la licence globale de transfert.</p>	<p>pendant la période transitoire.</p>		
<p>Article 8 Information par les fournisseurs</p> <p>1) Les Etats membres veillent à ce que les fournisseurs de produits liés à la défense informent les destinataires des conditions dont est assortie la licence de transfert, y compris les restrictions, concernant l'utilisation finale ou l'exportation des produits liés à la défense.</p> <p>2) Les Etats membres veillent à ce que les fournisseurs informent, dans un délai raisonnable, les autorités compétentes de l'Etat membre à partir duquel ils souhaitent transférer des produits liés à la défense, de leur intention d'utiliser une licence générale de transfert pour la première fois. Les Etats membres peuvent déterminer les informations supplémentaires pouvant être exigées au sujet de produits liés à la défense transférés au titre d'une licence générale de transfert.</p>	<p>Alinéa 2 de l'article L. 2335- 13 du code de la défense prévoit que les fournisseurs de produits liés à la défense informeront les destinataires des conditions dont sera assortie la licence de transfert, ainsi que, le cas échéant, des restrictions dont elle fera l'objet concernant l'utilisation finale de ces matériels ou leur exportation hors du territoire de l'Union européenne. Ces conditions et restrictions devront être reproduites dans le contrat ou dans tout acte liant les parties.</p> <p>L'alinéa 1^{er} de l'article L. 2335-13 du code de la défense prévoit que les fournisseurs de produits liés à la défense informeront le ministre de la défense, dans un délai fixé par voie réglementaire, de leur intention d'utiliser une licence générale de transfert pour la première fois. L'autorité administrative pourra exiger des informations supplémentaires sur les matériels dont le transfert sera envisagé.</p>	<p>Le décret prévoira que le ministre de la défense délivrera un récépissé de déclaration, ainsi qu'un numéro d'enregistrement de licence générale de transfert devant accompagner tous les transferts opérés sous couvert de la licence générale. A l'expiration d'un délai d'un mois à compter de la date de délivrance du récépissé, le fournisseur pourra procéder à sa première opération de transfert au titre de la licence générale.</p>	

<p>3) Les Etats membres garantissent et contrôlent régulièrement que les fournisseurs tiennent des registres détaillés et complets de leurs transferts, selon la législation en vigueur dans l'Etat membre concerné, et ils déterminent les exigences en matière de déclarations liées à l'utilisation d'une licence générale, globale ou individuelle de transfert. Ces registres contiennent des documents commerciaux faisant apparaître les informations suivantes :</p> <p>a) la description du produit lié à la défense et sa référence dans la liste annexée ;</p> <p>b) la quantité et la valeur du produit lié à la défense ;</p> <p>c) les dates de transfert ;</p> <p>d) les nom et adresse du fournisseur et destinataire ;</p> <p>d) l'utilisation finale et l'utilisateur final du produit liés à la défense, s'ils sont connus ; et</p> <p>e) la preuve établissant que le destinataire des produits liés à la défense a bien été informé de la restriction à l'exportation dont la licence de transfert est assortie.</p> <p>4) Les Etats membres garantissent que les fournisseurs conservent les registres pendant une période au moins égale à celle qui est prévue dans la législation nationale pertinente, en vigueur dans l'Etat membre concerné, relative aux exigences et matière de conservation des registres pour les opérateurs économiques et, en tout cas, au minimum trois ans à compter de la fin de l'année civile au cours de laquelle le transfert à eu lieu. Ils sont présentés à la demande des autorités compétentes de l'Etat membre à partir duquel le fournisseur a transféré les produits liés à la défense.</p>	<p>L'article L. 2335-14. du code de la défense prévoit que les fournisseurs de produits liés à la défense devront tenir un registre des transferts qu'ils ont effectués.</p> <p>L'article L. 2335-14 du code de la défense prévoit que le registre des transferts, ainsi que l'ensemble des documents commerciaux nécessaires à leur réalisation, seront conservés pendant dix ans à compter de la fin de l'année civile au cours de laquelle le transfert aura eu lieu.</p>		<p>Un arrêté du ministre de la défense précisera le contenu de ce registre.</p>
---	--	--	---

<p>critères énoncés au paragraphe 2 ainsi qu'à toute condition spécifiée dans le certificat et visée au paragraphe 4.</p> <p>6) Les Etats membres reconnaissent les certificats délivrés conformément à la présente directive par les autres Etats membres.</p> <p>7) Lorsqu'une autorité compétente constate que le bénéficiaire d'un certificat établi sur le territoire de l'Etat membre concerné ne respecte plus les critères visés au paragraphe 2 ou une des conditions visées au paragraphe 4, elle prend les mesures qui s'imposent à cet égard. Elle peut notamment révoquer le certificat en question. L'autorité compétente informe la Commission et les autres Etats membre de sa décision.</p> <p>8) Les Etats membres publient et actualisent régulièrement la liste des destinataires certifiés et en avisent la Commission, le Parlement européen et les autres Etats membres. La Commission met un registre central des destinataires certifiés par les Etats membres à la disposition du public sur son site internet.</p>	<p>Cette disposition de la directive n'appelle pas de mesure particulière de transposition.</p> <p>Cette disposition de la directive n'appelle pas de mesure particulière de transposition.</p>	<p>3 ans à des vérifications de conformité de l'entreprise certifiée.</p> <p>Le décret prévoira que, si l'entreprise certifiée ne respecte plus les critères de certification, le ministre de la défense pourra suspendre ou abroger le certificat, après une mise en demeure restée infructueuse.</p>	
<p>Article 10 Restrictions à l'exportation</p> <p>Les Etats membres veillent à ce que, lors du dépôt d'une demande de licence d'exportation, les destinataires de produits liés à la défense, qu'ils ont reçus au titre d'une licence de transfert d'un autre Etat membre et qui font l'objet de restrictions à l'exportation, déclarent à leurs autorités compétentes qu'ils ont respecté ces restrictions, y compris, le cas échéant, qu'ils ont obtenu l'accord nécessaire de l'Etat membre d'origine.</p>	<p>Article L. 2335-7 du code de la défense prévoit que, lors du dépôt d'une demande de licence d'exportation, les exportateurs de produits liés à la défense reçus au titre d'une licence de transfert publiée ou notifiée par un autre Etat membre de l'Union Européenne et faisant l'objet de restrictions à l'exportation, déclareront à l'autorité administrative qu'ils ont respecté ces restrictions ou, le cas échéant, qu'ils ont obtenu l'accord de cet Etat membre.</p>		<p>Un arrêté du ministre de la défense déterminera les modalités de la déclaration.</p>

<p>Article 11 Procédure douanière</p> <p>1) Les Etats membres veillent à ce que, lorsqu'un exportateur accomplit les formalités requises pour l'exportation de produits liés à la défense auprès du service des douanes compétent pour traiter la déclaration d'exportation, cet exportateur apporte la preuve qu'il a bien obtenu toute licence d'exportation éventuellement nécessaire.</p> <p>2) Sans préjudice de l'application du règlement (CEE) n°2913/92 du Conseil du 12 octobre 1992 établissant le code des douanes communautaires, un Etat membre peut pour une période de 30 jours ouvrables au plus, suspendre l'opération d'exportation à partir de son territoire des produits liés à la défense reçus d'un autre Etat membre au titre d'une licence de transfert et incorporés dans un autre produit liés à la défense ou, si nécessaire les empêcher de quitter la Communauté à partir de son territoire lorsqu'il estime :</p> <p>a) que les informations pertinentes n'ont pas été prises en considération lors de la délivrance de la licence d'exportation ; ou</p> <p>b) que les circonstances ont sensiblement changé depuis la délivrance de la licence d'exportation</p> <p>3) Les Etats membres peuvent prévoir que les formalités douanières concernant l'exportation des produits liés à la défense doivent être accomplies qu'auprès de certains services douaniers.</p>	<p>Cette disposition de la directive n'appelle pas de mesure particulière de transposition, dès lors que le régime des exportations des biens liés à la défense existe déjà.</p> <p>L'article L. 2335-4 du code de la défense prévoit que l'autorité administrative peut à tout moment, suspendre, modifier, abroger ou retirer les licences d'exportation qu'elle a délivrées, pour des raisons de respect des engagements internationaux de la France, de protection des intérêts essentiels de sécurité, d'ordre public ou de sécurité publique, ou pour non respect des conditions spécifiées dans la licence.</p> <p>Cette disposition de la directive n'appelle pas de mesure particulière de transposition.</p>	<p>Le décret prévoira la possibilité de suspendre l'agrément préalable et l'autorisation d'exportation, notamment en cas de non respect des conditions ou lorsque la situation internationale le justifie.</p>	
---	---	--	--

<p>4) Lorsqu'ils font usage de la possibilité énoncée au paragraphe 3, les Etats membres notifient à la Commission les noms des services douaniers habilités. La Commission publie ces informations au <i>Journal officiel de l'union européenne</i>, série C.</p>	<p>Cette disposition de la directive n'appelle pas de mesure particulière de transposition.</p>		
<p>Article 12 : échange d'informations</p> <p>En liaison avec la Commission, les Etats membres prennent toutes les mesures appropriées pour mettre en place une coopération et un échange d'informations directs entre leurs autorités compétentes nationales</p>	<p>Cette disposition de la directive n'appelle pas de mesure particulière de transposition.</p>		
<p>Article 13 Mise à jour des produits liés à la défense / Adaptation de l'annexe</p> <p>1) La Commission actualise la liste des produits liés à la défense annexée à la directive afin qu'elle corresponde rigoureusement à la liste commune des équipements militaires de l'Union européenne</p> <p>2) Ces mesures, qui visent à modifier des éléments non essentiels de la directive, sont arrêtées conformément à la procédure de réglementation avec contrôle visée à l'article 14 paragraphe 2.</p>	<p>Ces dispositions de la directive n'appellent pas de mesure particulière de transposition.</p>		
<p>Article 14 : Comité</p> <p>1) la commission est assistée par un comité.</p> <p>2) Dans le cas où il est fait référence au présent paragraphe, l'article 5 bis, paragraphes 1 à 4, et l'article 7 de la décision 1999/468/CE s'appliquent, dans le respect des dispositions de l'article 8 de cette décision.</p>	<p>Ces dispositions de la directive n'appellent pas de mesure particulière de transposition.</p>		

<p>Article 15 Mesures de sauvegarde</p> <p>1) Lorsqu'un Etat membre qui délivre des licences estime qu'il existe un risque sérieux qu'un destinataire certifié conformément à l'article 9 dans un autre Etat membre ne respectera pas une condition dont une licence générale de transfert est assortie, ou lorsqu'un Etat membre qui délivre des licences estime que l'ordre public, la sécurité publique, ou les intérêts essentiels de sa sécurité pourraient être menacés, il en informe cet autre Etat membre et lui demande d'évaluer la situation.</p> <p>2) si les doutes mentionnés au paragraphe 1 subsistent, l'Etat membre qui délivre des licences peut suspendre provisoirement les effets de sa licence générale de transfert en ce qui concerne le ou les destinataires en cause. Il en avertit les autres Etats membres ainsi que la Commission en motivant la mesure de sauvegarde. L'Etat membre ayant adopté la mesure de sauvegarde peut décider de lever celle-ci dès lors qu'il estime qu'elle n'est plus justifiée.</p>	<p>Ces dispositions de la directive n'appellent pas de mesure particulière de transposition.</p>		<p>L'arrêté relatif à une licence général pourra être suspendu.</p>
<p>Article 16 Sanctions</p> <p>Les Etats membres fixent des règles relatives aux sanctions applicables au non-respect des dispositions adoptées dans la mise en œuvre de la directive, en particulier dans les cas où des informations fournies au titre de l'article 8, paragraphe 1, ou de l'article 10 s'avèrent fausses ou incomplètes en ce qui concerne le respect des restrictions à l'exportation afférentes à une licence de transfert. Les Etats membres prennent toutes les mesures nécessaires pour garantir</p>	<p>L'article 3 du projet de loi prévoit les sanctions pénales nécessaires au respect du nouveau dispositif de transferts intracommunautaires de produits liés à la défense. Insertion des articles L. 2339-11-1, L. 2339-11-2, L. 2339-11-3, L. 2339-11-4 du code de la défense.</p>	<p>Le décret prévoira l'insertion de l'article R. 2339-3 du code de la défense, qui sanctionne l'omission de renseigner une des informations obligatoires du registre des transferts</p>	

l'application de ces règles. Les sanctions prévues sont efficaces, proportionnées et dissuasives.			
Article 17 : réexamen et rapports	Ces dispositions de la directive n'appellent pas de mesure particulière de transposition.		
<p>Article 18 Transposition</p> <p>1) Les Etats membres adoptent et publient dans les 24 mois à compter de son entrée en vigueur, les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer à la présente directive. Ils communiquent immédiatement à la Commission le texte de ces dispositions. Elles s'appliquent dans les 36 mois qui suivent l'entrée en vigueur de la directive. Lorsque les Etats membres adoptent ces dispositions, celles-ci contiennent une référence à la présente directive ou sont accompagnées d'une telle référence lors de leur publication officielle. Les modalités de cette référence sont arrêtées par les Etats membres.</p> <p>2) Les Etats membres communiquent à la Commission le texte des dispositions essentielles de droit interne qu'ils adoptent dans le domaine régi par la présente directive.</p>	Ces dispositions de la directive seront bien entendu respectées.		
Article 19 : Entrée en vigueur	Cette disposition de la directive n'appelle pas de mesure particulière de transposition.		
Article 20 : Destinataires	Cette disposition de la directive n'appelle pas de mesure particulière de transposition.		

2ème PARTIE

Etude d'impact des dispositions du projet de loi concernant la transposition de la directive 2009/81/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 relative à la coordination des procédures de passation de certains marchés de travaux, de fournitures et de services par les pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices dans les domaines de la défense et de la sécurité, et modifiant les services 2004/17/CE et 2004/18/CE

Chapitre 1 - DIAGNOSTIC

Depuis de nombreuses années, la Commission européenne²⁸ soulignait la nécessité d'harmoniser les règles de passation des marchés publics de défense afin d'ouvrir ces derniers à la concurrence, de promouvoir la compétitivité et, en conséquence, de renforcer la base industrielle et technologique de défense européenne (BITDE)

La soumission des marchés de défense ou de sécurité aux règles issues du marché intérieur répond au double objectif d'accroissement de la transparence et de l'efficacité

Section 1 - L'Etat du droit positif : une partie des marchés de défense ou de sécurité est passée en application du code des marchés publics²⁹ et de l'ordonnance du 6 juin 2005³⁰ transposant les directives communautaires et une partie échappe à l'application de ces textes

Paragraphe 1 - En droit communautaire, les marchés de défense ou de sécurité sont passés en principe par application des règles des directives 2004/17/CE³¹ et 2004/18/CE³²

En l'état actuel du droit communautaire, les marchés de défense ou de sécurité sont en principe passés en application des directives 2004/17/CE portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et 2004/18/CE relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services du 31 mars 2004. Ils suivent ainsi les procédures et les règles de passation prévues par ces deux directives, chargées d'encadrer le marché intérieur.

Toutefois, certains marchés de défense ou de sécurité échappent à l'application des règles prévues par les directives précitées, en application des dispositions de l'article 346 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE). Ces marchés ne sont encadrés par aucun texte de droit communautaire dérivé. Il s'agit :

- des marchés passés en application de l'article 21 de la directive 2004/17/CE ou de l'article 14 de la directive 2004/18/CE : marchés secrets, exigeants des mesures particulières de sécurité ou mettant en jeu les intérêts essentiels de sécurité de l'Etat ;
- des marchés directement passés en application de l'article 346 TFUE : marchés pour lesquels l'Etat est tenu de fournir des renseignements dont il estimerait la divulgation

²⁸ Le souhait de la Commission remonte aux années 90. De nombreuses communications montrent une réelle prise de conscience de sa part sur le coût de la "Non -Europe".

²⁹ Décret n° 2006-975 du 1^{er} août 2006 portant code des marchés publics modifié.

³⁰ Ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics.

³¹ Directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux.

³² Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services.

contraire aux intérêts essentiels de sa sécurité (a) et les marchés se rapportant à la production ou au commerce d'armes, de munitions et de matériel de guerre pour lesquels la protection des intérêts essentiels de sécurité de l'Etat est en jeu (b) ;

Paragraphe 2 – En droit français, les marchés de défense ou de sécurité sont passés en principe par application des règles du code des marchés publics et de l'ordonnance n°2005-649 du 6 juin 2005

En France, le code des marchés publics et l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 régissent la passation des marchés publics dans le champ du marché intérieur. En principe, les marchés « ordinaires » de sécurité et de défense relèvent donc, soit du code des marchés publics soit de l'ordonnance du 6 juin 2005. Toutefois, échappent à ces textes :

- les marchés passés en application du 7° de l'article 3 du code des marchés publics ou du 5° de l'article 7 de l'ordonnance du 6 juin 2005 : marchés qui exigent le secret ou dont l'exécution doit s'accompagner de mesures particulières de sécurité conformément aux dispositions législatives ou réglementaires en vigueur ou pour lesquels la protection des intérêts essentiels de l'Etat l'exige ;
- les marchés passés directement en application du a) de l'article 346 TFUE : marchés pour lesquels l'Etat est tenu de fournir des renseignements dont il estimerait la divulgation contraire aux intérêts essentiels de sa sécurité ;
- les marchés passés directement en application du b) de l'article 346 TFUE : marchés se rapportant à la production ou au commerce d'armes, de munitions et de matériel de guerre pour lesquels la protection des intérêts essentiels de sécurité de l'Etat est en jeu.

Paragraphe 3 - Les marchés secrets ou exigeant des mesures particulières de sécurité ou mettant en jeu les intérêts essentiels de sécurité de l'Etat, autres que ceux portant sur les armes, munitions et matériels de guerre, et les marchés passés en application du a) de l'article 346 TFUE ne sont encadrés par aucun texte

En application du 7° de l'article 3 du code des marchés publics et du 5 de l'article 7 de l'ordonnance du 6 juin 2005, les dispositions du code des marchés publics et de l'ordonnance ne sont pas applicables aux marchés qui exigent le secret ou dont l'exécution doit s'accompagner de mesures particulières de sécurité ou pour lesquels la protection des intérêts essentiels de l'Etat l'exige.

Ces exclusions concernent la protection du secret, des informations ou des intérêts relatifs à la défense nationale, de la sécurité publique ou de la sûreté de l'Etat. Tel est, par exemple, le cas de certaines prestations acquises en vue de prévenir des actions terroristes ou bio-terroristes, et plus généralement de fournisseurs qui, du fait de leurs prestations, accèdent à des informations ou domaines sensibles, dont la divulgation pourrait porter atteinte à la sécurité et la sûreté de l'Etat et de son potentiel scientifique et économique.

Dans le domaine de la défense ces contrats peuvent, notamment, concerner :

- les contrats passés pour la préparation et l'exécution des missions des forces armées engagées dans des opérations extérieures et répondant à des besoins déterminants pour la sûreté, l'efficacité des forces ou le respect des engagements internationaux ;
- les contrats passés au profit des forces armées, lorsque celles-ci ont reçu une mission ponctuelle d'intérêt national, pour répondre à des besoins urgents concernant la préparation ou l'exécution de cette mission ;
- les contrats d'acquisition d'images et de services liés aux communications opérationnelles, à l'observation et au renseignement.

Aucun texte ne régit l'application de ces contrats, ni de ceux qui, en application du a) de l'article 346 TFUE, contiennent des informations dont la divulgation serait contraire aux intérêts essentiels de l'Etat. Le mode et les modalités de passation de ces marchés sont par conséquent fixés librement par les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices.

Paragraphe 4 - Une partie des marchés, portant sur les armes, munitions et matériels de guerre, passés en application de l'article 346 TFUE sont encadrés par le décret « défense »³³

La France a choisi d'encadrer par un texte réglementaire (appelé décret défense) une partie des marchés portant sur des armes, munitions et matériel de guerre et mettant en jeu les intérêts essentiels de sécurité de l'Etat relevant de l'article 346 TFUE .

Son champ d'application personnel est plus restreint que celui de l'article 346 TFUE. Ainsi, alors que l'article 346 TFUE ne distingue pas selon l'acheteur, le décret « défense » ne s'applique qu'aux personnes soumises au code des marchés publics (Etat, ses établissements publics administratifs, collectivités territoriales et leurs établissements publics)³⁴.

Son champ matériel est également plus restreint. En effet, il s'applique aux marchés qui, non seulement mettent en cause les intérêts essentiels de sécurité de l'Etat et portent sur des armes, munitions ou matériels de guerre, mais en outre, condition supplémentaire, sont passés pour les besoins exclusifs de la défense. Les achats soumis au décret « défense » font l'objet d'une liste exhaustive³⁵.

Le décret « défense » comporte des dispositions plus souples que celles prévues dans le code des marchés publics. Ainsi par exemple, la procédure de droit commun est celle du marché négocié avec publicité et mise en concurrence.

Ce décret devra être abrogé lorsque le texte de transposition entrera en vigueur³⁶.

³³ Décret n° 2004-16 du 7 janvier 2004 pris en application de l'article 4 du code des marchés publics et concernant certains marchés publics passés pour les besoins de la défense modifié.

³⁴ Toutefois, seul l'Etat passe des marchés d'armes, munitions et matériels de guerre.

³⁵ Fournitures et services portant sur la conception, l'essai, l'expérimentation, la réalisation, la mise en œuvre, le maintien en condition opérationnelle, l'utilisation, le démantèlement ou la destruction des armes, munitions et matériels de guerre ; fournitures et services qui ont pour objet la réalisation de démonstrateurs ou de prototypes d'armes, munitions ou matériels de guerre, etc.

³⁶ En effet, une partie des marchés passés aujourd'hui dans le cadre du décret défense, à savoir ceux passés avec publicité et mise en concurrence, seront désormais encadrés par le texte de transposition.

Section 2 - L'utilisation abusive de l'article 346 (ex-296) du traité par les Etats-membres de l'Union européenne a justifié l'adoption d'un « Paquet Défense »

Depuis la Guerre Froide, les questions de défense et de sécurité ont été exclues de l'intégration européenne. De ce fait, les marchés de défense sont restés en dehors du marché unique et sont demeurés cloisonnés au niveau national. Ainsi, les Etats membres dépensent 85% de leur budget d'équipement auprès de fournisseurs nationaux³⁷.

Le droit des marchés publics de défense joue un rôle important dans cette fragmentation du marché. Au niveau communautaire, il n'existe pas de directive spécifique coordonnant les procédures nationales en matière de marchés publics dans le secteur de la défense, contrairement à d'autres secteurs comme l'énergie ou les transports. C'est, en conséquence, la directive 2004/18/CE qui s'applique aux marchés publics que les pouvoirs adjudicateurs attribuent dans le domaine de la défense. Or, il apparaît clairement que l'industrie européenne de la défense a été entravée dans son développement par un cadre juridique inadéquat.

L'article 346 TFUE permet aux États membres d'exempter les marchés publics d'armes, de munitions et de matériel de guerre des règles communautaires si cela est nécessaire à la protection de leurs intérêts essentiels de sécurité. Selon la Cour, cette exemption est limitée à des "hypothèses exceptionnelles déterminées" et "ne se prête pas à une interprétation extensive"³⁸. Or, jusqu'à présent, les Etats-membres de l'Union européenne se sont fondés sur les exceptions du TFUE, en particulier son article 346 (ex-296 TCE), pour réglementer nationalement le marché des biens de défense. L'application de ces réglementations nationales a eu le plus souvent pour but de garantir le maintien de capacités nationales de productions stratégiques, tout en luttant contre toute forme de prolifération. Elle a donc visé à assurer un accès privilégié des industriels nationaux aux commandes publiques de leur Etat d'implantation, à restreindre les possibilités d'importation, et à contrôler de façon stricte les exportations³⁹.

Selon les conclusions de la consultation ouverte par le Livre Vert en septembre 2004, deux raisons majeures expliquent cette pratique :

- D'une part, les conditions d'application de l'article 346 TFUE ne sont pas claires, en raison du caractère vague du concept d'"intérêts essentiels de sécurité" et de la liste peu précise de matériels de guerre exemptés des règles de droit commun des marchés publics, qui figure au deuxième alinéa de l'article 346 TFUE. Cette liste, dressée en 1958, n'a jamais été révisée depuis et présente, dès lors, un caractère manifestement obsolète. Par ailleurs, de nouvelles menaces et technologies ont brouillé la frontière séparant sécurité militaire et non militaire. De ce fait, déterminer ce qui concerne la "défense" et ce qui est "essentiel à la sécurité" devient de plus en plus complexe.
- D'autre part, la directive 2004/18/CE est considérée comme inadaptée à de nombreux marchés de défense, puisqu'elle ne prend pas en compte les caractéristiques spécifiques du secteur de la défense. Les États membres répugnent souvent à

³⁷ COM (2007) 764 du 5 décembre 2007.

³⁸ CJUE, 16 septembre 1999, Affaire C-414/97, Commission c. Espagne, point 21.

³⁹ Julien Cats, Le « Paquet Défense » : Le marché intérieur au service de la défense européenne, Revue du Marché commun et de l'Union européenne, n° 532, octobre-novembre 2009.

l'appliquer à ces marchés. Il résulte de l'application extensive de l'article 346 TFUE que la majorité des marchés de défense dans l'UE sont passés sur la base des règles nationales en matière de marchés publics. Ceci entrave la concurrence intra-européenne et produit un impact négatif à la fois sur la compétitivité de l'industrie et les dépenses publiques⁴⁰.

En mars 2003, la Commission a donc adopté une Communication qui a lancé sept initiatives visant à établir un marché européen des équipements de défense. En décembre 2005, elle a annoncé deux nouvelles initiatives pour améliorer la situation.

En premier lieu, une communication interprétative, adoptée par la Commission en décembre 2006, clarifie les conditions d'utilisation de l'article 346 TFUE. Elle rappelle le caractère exceptionnel de la dérogation figurant à l'article 346 TFUE et donne des indications aux acheteurs publics pour évaluer si les contrats de marchés publics peuvent être exemptés ou non des règles communautaires.

En second lieu, une proposition de nouvelle directive sur les marchés publics adaptée aux spécificités de la défense a été présentée par la Commission en décembre 2007. Le texte proposé était plus flexible que la directive « marchés publics civils » (2004/18/CE) permettant en particulier l'utilisation sans restriction de la procédure négociée avec publication préalable. De plus, il comportait des dispositions spéciales pour les enjeux spécifiques au secteur comme la sécurité des approvisionnements et la sécurité de l'information. En outre, la Commission proposait d'appliquer la nouvelle directive non seulement aux marchés de défense, mais aussi aux marchés de sécurité non-militaire considérés comme sensibles.

Au cours de l'année 2008, la proposition de la Commission a été discutée au Groupe de travail « marchés publics » du Conseil et à la Commission « Marché intérieur » du Parlement Européen. Des dispositions spécifiques concernant la sous-traitance et les recours ont été ajoutées au texte lors de la négociation. Vers la fin de la présidence française, le Conseil et le Parlement ont trouvé un compromis sur un texte final modifiant la proposition de la Commission, qui a été approuvé par le Conseil en juillet 2009.

Adopté ainsi en première lecture, le texte a été publié le 20 août 2009 au Journal officiel de l'Union européenne comme directive 2009/81/CE. A partir de cette date, les Etats membres disposent de deux ans pour transposer la directive dans leurs législations nationales.

L'existence d'un instrument communautaire adapté aux spécificités de la défense aura pour effet de limiter l'utilisation de l'exemption de l'article 346 TFUE aux cas exceptionnels, conformément à la jurisprudence de la Cour. En conséquence elle renforcera la transparence et la compétition loyale sur les marchés de la défense en Europe.

La directive 2009/81/CE fait partie du « paquet défense » de la Commission, qui comprend également la directive sur les transferts intra-communautaires de défense (2009/43/CE) et une communication sur la compétitivité des industries européennes de défense⁴¹.

⁴⁰ http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/defence/summary_fr.pdf

⁴¹ http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/dpp_fr.htm

Section 3 - La directive 2009/81/CE soumet les marchés passés dans les domaines de la défense ou de la sécurité aux règles issues du marché intérieur, selon un double objectif :

Aux termes de l'étude d'impact menée par la Commission européenne, l'adoption de ce texte poursuit un double objectif :

- prendre en compte la spécificité des marchés de défense et sécurité,
- faire entrer les marchés de défense et sécurité dans le marché intérieur.

Paragraphe 1 – La spécificité économique du marché européen de la défense.

Le marché de la défense se distingue du marché civil : les États y exercent un rôle majeur qui revêt différentes formes. Ils sont clients par l'acquisition de matériels, de systèmes d'armes et de services. Ils ont généralement un rôle de régulateur en autorisant la fabrication et le commerce ainsi qu'en protégeant le patrimoine technologique national. Ils exercent un contrôle sur l'exportation des matériels et assurent la préservation des actifs stratégiques.

Dans la plupart des pays d'Europe occidentale, l'exercice de la souveraineté a reposé principalement sur l'existence et le maintien d'une base industrielle et technologique de défense (BITD) nationale. Certains États sont actionnaires, voire acteurs industriels, et participent ainsi à la gouvernance de l'industrie de défense. Enfin, ils jouent un rôle de partenaire international pour la définition des orientations de coopération et d'exportation, voire pour soutenir les perspectives à l'exportation des entreprises localisées sur leur territoire.

Le marché des équipements de défense a plusieurs autres caractéristiques qui peuvent le distinguer de celui des marchés civils : les clients finaux sont quasi-exclusivement des États ; les équipements concernés, relativement riches en hautes technologies et parfois très sophistiqués, sont toujours fabriqués à la commande, généralement en séries limitées, et répondent à des critères de fiabilité très élevés. Ce marché se caractérise aussi par des cycles de vie très longs, tout spécialement pour les systèmes et les plates-formes, où des phases de production de matériel de série font suite à des développements technologiques d'envergure. Il faut donc prendre en compte l'évolution des technologies des équipements ou des sous-systèmes, ce qui nécessite de mettre en place un maintien en condition opérationnelle (MCO) évolutif, parfois de réaliser des rénovations à mi-vie, voire de prévoir l'intégration des technologies au fur et à mesure de leur maturation ou de l'évolution des besoins, et d'anticiper le démantèlement en fin de vie des matériels.

Le fonctionnement du secteur économique de l'armement n'a donc que peu de points communs avec le fonctionnement d'autres secteurs de l'économie, soumis, eux, à la loi de l'offre et de la demande

Paragraphe 2 - Les marchés de défense et sécurité dans le marché intérieur.

La directive 2009/81/CE permet d'accroître l'efficacité des marchés passés dans le domaine de la défense et de la sécurité, Elle établit ainsi des règles européennes spécifiques dont l'application est destinée à améliorer la transparence et la non discrimination pour la passation de ce type de marché.

Des procédures de passation adaptées au caractère sensible que peuvent présenter les marchés de défense ou de sécurité sont prévues, en particulier la possibilité de recourir à la procédure négociée avec publication préalable. A l'inverse, la procédure d'appel d'offres ouvert, inadaptée à la complexité et à la nécessaire protection des informations des marchés de défense ou de sécurité n'est pas prévue.

Des critères de sélection qualitatifs relatifs à la capacité du soumissionnaire à assurer la sécurité des informations qui lui sont communiquées et la sécurité d'approvisionnement de ses clients, ont été introduits pour tenir compte du degré de fiabilité élevé qu'exige ce type de marché. La directive ajoute ainsi aux critères introduits par la directive 2004/18/CE, la possibilité de vérifier que l'entreprise candidate ne possède aucun lien avec une activité terroriste, ou encore la possibilité de vérifier ses sources d'approvisionnement.

Par ailleurs, les règles spécifiques relatives aux marchés de recherche permettront d'assurer le soutien de la recherche et de l'innovation.

En outre, les voies de recours contre ces marchés sont aménagées par l'introduction d'un régime proche de la directive 2007/66/CE, qui encadre les recours relatifs à la passation des marchés de droit commun. (NB : aujourd'hui les marchés décret défense sont soumis au régime contentieux de droit commun)

Enfin, la nouvelle directive insiste particulièrement sur le développement des conditions harmonieuses et sécurisées de la sous-traitance en matière de prestations de défense et de sécurité, à travers deux volets :

- En premier lieu, la directive prévoit la possibilité pour les Etats membres d'imposer un niveau minimal de sous-traitance (au sens européen) aux attributaires. En effet, la majorité de ces derniers sont des intégrateurs industriels de grande taille. Leur faible nombre et la spécificité de certains produits, réduisent les possibilités de mise en concurrence.
 - Ce quota de sous-traitance, qui peut atteindre 30% de la valeur totale du marché, doit, en second lieu, faire à son tour l'objet d'une mise en concurrence au niveau européen par les titulaires des marchés principaux eux-mêmes. L'introduction de règles de concurrence européenne au cœur même de la liberté contractuelle vise à éviter l'imposition d'« offsets », c'est-à-dire de compensations industrielles, par lesquelles, un soumissionnaire se voit imposer par un pouvoir adjudicateur l'obligation de sous-
-

traiter une partie de la production liée à un marché public à des fournisseurs implantés sur le territoire national de ce dernier⁴².

Ce texte a ainsi vocation à constituer le pilier d'un véritable marché européen de la défense.

Toutefois, les États membres continueront de pouvoir recourir aux dispositions de l'article 346 TFUE pour exempter de toute publicité ou mise en concurrence des marchés de défense ou de sécurité dont le caractère sensible le justifie, au regard des conditions fixées par la Commission dans sa communication interprétative n° 2006-779 du 7 décembre 2006.

Chapitre 2 - LES OBJECTIFS POURSUIVIS

L'objectif principal du présent projet de loi est de transposer la directive 2009/81/CE dans le strict respect de ses considérants, de ses dispositions juridiques et de son calendrier.

Le Gouvernement a mené la transposition de la directive en exploitant tous les leviers permettant d'accroître l'efficacité des marchés nationaux passés dans les domaines de la défense ou de la sécurité.

Section 1 - La transposition de la directive 2009/81/CE est conçue comme un outil pour accroître l'efficacité des marchés nationaux passés dans les domaines de la sécurité ou de la défense

Les mesures législatives ont pour objet non seulement de transposer les dispositions de la directive 2009/81/CE, mais également d'utiliser toutes les marges de manœuvre qu'offre la directive, dans le but de conserver voire d'accroître l'efficacité des marchés passés dans les domaines de la défense et de la sécurité.

Les dispositions de l'ordonnance du 6 juin 2005 sont adaptées afin que les acheteurs publics puissent faire usage des règles plus souples prescrites par la directive 2009/81/CE. Aux termes des modifications prévues aux articles 3 et 4 de l'ordonnance, ces acheteurs auront la possibilité de recourir, au cas par cas, aux règles du code des marchés publics.

Section 2 - La poursuite de cet objectif suppose l'adaptation de certaines dispositions nationales

Trois séries de modifications législatives qui ne résultent pas de la transposition de dispositions de la directive sont introduites dans les dispositions de l'ordonnance du 6 juin 2005 à cette occasion, afin de prendre en compte les spécificités nationales et européennes :

Articles 3 et 4 de l'ordonnance du 6 juin 2005 : dans un souci de clarification à l'attention des acheteurs, il est précisé, au deuxième alinéa de chacun de ces deux articles, que les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices régis par les dispositions de l'ordonnance peuvent se soumettre au code des marchés publics : soit pour la passation de leurs marchés, soit pour leur exécution, soit les deux.

⁴² Julien Cats, Le « Paquet Défense » : Le marché intérieur au service de la défense européenne ?, Revue du Marché commun et de l'Union européenne, n° 532, octobre-novembre 2009.

Article 8. 1° de l'ordonnance du 6 juin 2005: les interdictions de soumissionner inhérentes à la participation ou au financement d'activités à caractère terroriste, à l'atteinte au secret professionnel ou à la défense nationale, sont étendues à l'ensemble des marchés et ne se limitent pas au champ d'application de la directive 2009/81/CE. L'extension de ces interdictions à l'ensemble des marchés n'est pas explicitement prévue par les directives. Elle est toutefois opportune au regard de la lutte contre le terrorisme et de la sécurité des approvisionnements et des informations.

Article 37-2 de l'ordonnance du 6 juin 2005 : l'ouverture à la concurrence des marchés passés dans les domaines de la défense ou de la sécurité nécessite la maîtrise de l'ouverture de ces marchés vis-à-vis des opérateurs issus des pays tiers à l'Union européenne. Ces dispositions autoriseront les acheteurs publics à fermer aux opérateurs économiques tiers à l'Union la participation à la passation à certains de leurs marchés de défense ou de sécurité, au motif qu'ils n'ont pas la qualité de ressortissant de l'Union européenne.

Chapitre 3 - LES OPTIONS PERMETTANT D'ATTEINDRE LES OBJECTIFS :

La Grande Bretagne, l'Italie, l'Espagne, les Pays Bas, la Suède, l'Autriche, l'Allemagne et le Portugal semblent avoir choisi de transposer la directive sous forme d'un texte ou d'un titre autonome. De son côté, la France prend également le chemin d'une transposition dans une partie nouvelle du code des marchés publics. La position des autres pays européens n'est pas identifiée à ce jour.

Section 1 - La transposition impactera deux dispositifs législatifs existants

Si seul un petit nombre de dispositions de la directive nécessite un texte de niveau législatif, sa transposition implique toutefois la modification de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 et celle du code de justice administrative.

L'annexe 2 comporte un tableau de correspondance indiquant la traduction législative de chaque disposition de la directive.

La partie législative du code de justice administrative doit être modifiée, puisque le régime applicable aux voies de recours contre les marchés publics de défense et de sécurité déroge, pour partie, à celui applicable aux autres contrats de la commande publique.

L'ordonnance du 6 juin 2005 va porter, au bénéfice de tous les acheteurs publics, un certain nombre de dispositions qui sont législatives par nature : la définition des marchés de défense et de sécurité, les cas dans lesquels ces marchés peuvent échapper aux règles de la commande publique, les interdictions de soumissionner frappant certains opérateurs économiques, et la possibilité pour les acheteurs publics de rejeter les sous-contractants qui lui sont présentés.

Si les souplesses de la directive ne sont pas directement transposées pour les acheteurs publics soumis à l'ordonnance du 6 juin 2005, pour autant le dispositif leur permettra d'y recourir en tant que de besoin.

L'essentiel de la transposition, en effet, sera réalisé au niveau réglementaire par l'insertion d'une troisième partie dans le code des marchés publics. Le champ d'application organique de la directive touche l'ensemble des acheteurs publics. Toutefois, en pratique, ces dispositions seront mises en œuvre par l'Etat qui exerce seul la majorité des compétences en matière de défense et de sécurité. C'est la raison pour laquelle, l'essentiel de la transposition se fera dans le texte applicable aux marchés publics de l'Etat, le code des marchés publics, qui est un texte de niveau réglementaire.

Les acheteurs soumis à l'ordonnance et conduits à passer un marché public de défense ou de sécurité auront toutefois la possibilité de se soumettre volontairement aux règles de passation ou d'exécution du code des marchés publics.

Ils bénéficieront alors, pour la passation de leurs marchés de défense ou de sécurité, des souplesses prévues par la troisième partie du code des marchés publics. Aux termes des dispositions nouvelles, le seuil de procédure formalisée passera pour ces marchés à 387 000 euros quelle que soit la nature de l'acheteur – il est actuellement de 125.000 euros pour les « pouvoirs adjudicateurs ». Par ailleurs, le nombre de cas dans lesquels l'acheteur public pourra solliciter directement un fournisseur, sans publicité ni mise en concurrence, sera accru. La procédure négociée deviendra la procédure de droit commun pour la passation des marchés de défense et de sécurité. Enfin, la partie nouvelle du code les aidera à mieux prendre en considération les exigences liées à la sous-traitance, à la sécurité des informations et à la sécurité des approvisionnements.

Paragraphe 1 - L'ordonnance du 6 juin est modifiée en vue, d'une part, de remplir quatre objectifs de la directive et, d'autre part, de permettre la fermeture des marchés de défense et sécurité aux opérateurs économiques des pays tiers à l'UE

1.1. L'introduction d'une définition spécifique des marchés de défense ou de sécurité

La définition du champ d'application de la directive appelle l'introduction d'une définition législative des marchés de défense ou de sécurité pour deux raisons.

En premier lieu, les dispositions de la directive 2009/81 seront applicables non seulement aux personnes publiques régies par le code des marchés publics, mais également aux personnes régies par l'ordonnance précitée du 6 juin 2005, dans la mesure où ces dernières auront la possibilité de recourir aux dispositions du code des marchés publics, comme indiqué précédemment. Cette ordonnance est de niveau législatif. Il est donc nécessaire d'introduire une définition des marchés de défense ou de sécurité de niveau législatif.

En second lieu, une définition de niveau législatif est nécessaire pour permettre à d'autres textes de même niveau d'y faire référence. Ainsi, les dispositions du II de l'article L. 551-2 du code de justice administrative, tel qu'il est envisagé, dans le même projet de loi objet de l'étude d'impact, de le rédiger, font référence aux contrats passés dans les domaines de la défense ou de la sécurité au sens du II de l'article 2 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics.

L'article 2 de l'ordonnance est donc complété en ce sens par un II.

1.2. L'introduction de l'ensemble des exclusions à l'application des dispositions de la directive

Les articles 12 et 13 de la directive prévoient des exceptions à son application. L'ajout de ces exceptions à l'article 7 de l'ordonnance et leur limitation, lorsque celle-ci est prévue par la directive en ce qui concerne les marchés de défense ou de sécurité, permet aux personnes soumises aux dispositions de ce texte d'en bénéficier.

1.3. La création de nouvelles interdictions de soumissionner liées aux activités terroristes, à la violation du secret professionnel et à l'atteinte au secret de la défense nationale

La transposition de l'article 39 de la directive a pour effet l'introduction de nouvelles interdictions de soumissionner en droit interne. Ces interdictions restreignent la liberté des personnes privées, qui, frappées d'une interdiction de soumissionner n'ont pas la possibilité de participer à une consultation. Elles relèvent par conséquent du législateur conformément aux dispositions de l'article 34 de la Constitution.

Ainsi, de nouvelles interdictions de soumissionner liés à des condamnations pénales frappant les opérateurs économiques reconnus coupables d'activités de terrorisme, de violation du secret professionnel ou d'infraction à la législation sur le commerce des armes, sont introduites.

En outre, des interdictions de soumissionner propres aux marchés de défense ou de sécurité permettront désormais aux acheteurs publics de ne pas accepter les candidatures d'opérateurs économiques ayant par le passé méconnu leurs obligations de sécurité de l'information ou de sécurité d'approvisionnement, ou dont le manque de fiabilité serait susceptible de mettre en danger la sécurité de l'Etat.

Ces interdictions sont introduites à l'article 8 de l'ordonnance.

1.4. - L'ouverture de la possibilité aux acheteurs publics de refuser certains sous-traitants et la prise en compte de la définition communautaire de la sous-traitance

Les dispositions de l'article 21 de la directive ouvrent la possibilité aux acheteurs publics de ne pas accepter des sous-traitants. Le législateur est compétent pour restreindre la liberté contractuelle, conformément aux dispositions de l'article 34 de la Constitution.

Par ailleurs, contrairement au droit national, la notion communautaire de sous-traitance vise tous les contrats passés entre un titulaire de marché et un autre opérateur économique aux fins de réalisation du marché en cause et ayant pour objet la réalisation de travaux, la fourniture de produits ou de services, que ces contrats soient ou non des contrats d'entreprise. Or, le champ des dispositions de la loi n°75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance ne recouvre que les contrats d'entreprise. Le projet de texte permet d'inscrire dans l'ordonnance du 6 juin 2005 des dispositions qui complètent celles de la loi de 1975 pour les marchés passés dans les domaines de la défense ou de la sécurité.

Ces nouvelles dispositions font l'objet d'un nouvel article 37-1 ajouté aux dispositions de l'ordonnance, sous le chapitre IV : Dispositions applicables à des marchés particuliers.

En outre, l'article 38 de l'ordonnance est modifié afin que les acheteurs soumis au code des marchés publics puissent, eux aussi, recourir à ces dispositions.

1.5. - L'ordonnance est également modifiée pour permettre la fermeture des marchés de défense et de sécurité aux opérateurs économiques des pays tiers à l'UE.

Les dispositions de la directive ont pour objet de soumettre la passation et l'exécution des marchés passés dans les domaines de la défense ou de la sécurité aux règles issues de celles du marché intérieur. Les obligations de transparence et de mise en concurrence qui pèsent sur les acheteurs publics seront en conséquence accrues dans ces deux domaines.

Compte tenu de la sensibilité inhérente à ce type de marché, notamment au regard de la sécurité de l'approvisionnement et de la confidentialité des informations qu'ils peuvent contenir, des garanties doivent permettre de concilier ces nouvelles règles et la légitime protection des intérêts de défense et de sécurité des Etats membres de l'Union européenne.

C'est la raison pour laquelle, le droit de fermer les marchés publics de défense et de sécurité aux opérateurs issus de pays tiers à l'Union doit être reconnu aux acheteurs publics.

A l'instar de celles relatives à la sous-traitance, ces dispositions, qui ont pour effet de restreindre la liberté contractuelle, doivent être prévues par la loi. Un article 37-2 est créé à cet effet.

Paragraphe 2 - Le code de justice administrative est modifié en ce qui concerne, d'une part, le référé précontractuel et, d'autre part, le référé contractuel

S'agissant de modifier des dispositions de nature législative, seul le législateur est compétent.

La première modification envisagée a pour objet, conformément aux dispositions des articles 55, 56 et 60 de la directive, de ne pas donner au juge du référé précontractuel des pouvoirs directs d'annulation des procédures en cours, mais de lui octroyer des pouvoirs d'injonction et d'astreinte. Dans certains cas exceptionnels, liés notamment à une situation de crise et d'urgence de satisfaction des besoins des forces armées, il est en effet nécessaire que le pouvoir adjudicateur dispose de la faculté de poursuivre la passation du marché en acceptant de payer une astreinte en attendant de pouvoir se conformer à la décision du juge.

L'article L.551-2 du CJA doit être modifié en conséquence.

Par ailleurs, l'article 60.3 de la directive introduit de nouvelles dispositions en matière de référé contractuel, permettant au juge de ne pas prononcer la nullité du contrat lorsque les conséquences d'une annulation *« peuvent sérieusement menacer l'existence même d'un programme de défense et de sécurité plus large qui est essentiel pour les intérêts d'un Etat membre en matière de sécurité »*.

Afin d'introduire cette disposition en droit interne, il est nécessaire de procéder à une seconde modification, concernant l'article L.551-19 du CJA.

Il a en revanche été décidé de ne pas transposer la disposition prévue au dernier alinéa du 10 de l'article 56 de la directive, qui autorise les législations nationales à prévoir au bénéfice des juges un accès aux informations classifiées.

En effet, l'habilitation de juges à connaître de telles informations, qui supposerait une adaptation très lourde des juridictions compétentes, n'est d'aucune utilité. Conformément au principe du caractère contradictoire de l'instruction, le juge administratif est tenu de ne statuer qu'au vu des seules pièces du dossier qui ont été communiquées aux parties. Le Conseil d'Etat a rappelé que cette circonstance n'était pas de nature à empêcher le juge d'exercer son office, en respectant les règles générales d'établissement des faits devant lui (CE Ass., 6 novembre 2002, Moon Sun Myung)

Section 2 – La transposition s'attache, en premier lieu, aux dispositions précises et inconditionnelles de la directive

Paragraphe 1 - Définition des marchés passés dans les domaines de la défense ou de la sécurité

Le II de l'article 2 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 introduit une définition législative des marchés passés dans les domaines de la défense ou de la sécurité. Ce II a été rédigé à partir de l'article 2 de la directive 2009/81/CE relatif au champ d'application matériel et de son article 1^{er} relatif aux définitions.

Le choix a été fait d'introduire directement les définitions précisées à l'article 1^{er}, dans le corps du texte.

La définition des marchés passés dans les domaines de la défense ou de la sécurité reprend les termes de la directive de manière exhaustive et précise. Ainsi, l'article 2. II de l'ordonnance du 6 juin 2005 est appelé à intégrer les dispositions figurant aux points a), b), c) et d) de l'article 2 de la directive portant champ d'application. Dans un souci de lisibilité à l'attention des acheteurs publics, chacun de ces points est précisé et complété à l'aide des considérants et des définitions de la directive.

Le point c) de l'article 2 de la directive est repris et complété par la définition du « *cycle de vie de l'équipement* » figurant à l'article 1. 26 de la directive, aux termes de laquelle le cycle de vie recouvre : « *l'ensemble des états successifs que peut connaître un produit, c'est-à-dire la recherche et développement, le développement industriel, la production, la réparation, la modernisation, la modification, l'entretien, la logistique, la formation, les essais, le retrait et l'élimination* ; ».

Le point d) de l'article 2 de la directive est repris et complété, à l'instar de l'article 2. c) de l'ordonnance, par ce que recouvre en droit national la définition d'informations sensibles, c'est-à-dire à la fois des informations classifiées et protégées.

Le point e) de l'article 2. II de l'ordonnance transpose les dispositions de l'article 3.1. de la directive sur les marchés mixtes. En effet, aux termes de ces dispositions, les marchés qui sont passés pour partie sous l'empire de la directive 2004/18/CE⁴³ ou de la directive 2004/17/CE⁴⁴,

⁴³ Directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services.

et pour partie sous le champ de la directive 2009/81/CE, entrent sous le champ d'application de cette dernière directive. Dans un souci de clarification sur le régime applicable à ce type de marchés, auprès des acheteurs publics, il est apparu important de faire figurer la définition de marchés mixtes dans la définition des marchés passés dans les domaines de la sécurité ou de la défense.

Paragraphe 2 - Sous-traitance

En ce qui concerne la définition de la sous-traitance dans la directive, il convient de souligner que celle-ci recouvre les contrats de fournitures, à la différence de la définition de la sous-traitance en droit interne. En effet, les dispositions de la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance, excluent de son champ d'application les contrats portant sur des fournitures⁴⁵.

Pour surmonter la différence de conception de la sous-traitance en droit interne et en droit communautaire, il est proposé de créer une notion nouvelle : ainsi l'article 37-1 définit le sous contractant comme l'opérateur économique avec lequel le titulaire du marché conclut, aux fins de la réalisation de celui-ci, un contrat de sous-traitance au sens de la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance ou un contrat dépourvu des caractéristiques du contrat d'entreprise. Cette notion recouvre les notions de sous-traitants, tels qu'ils sont définis en droit interne, et de fournisseurs.

Le nouvel article 38 ajouté à l'ordonnance de 2005 a pour objet de rendre applicables les dispositions du nouvel article 37-1 de l'ordonnance aux personnes régies par le code des marchés publics. Le code des marchés publics précisera les modalités d'application de l'article 37-1 aux personnes qu'il régit.

Paragraphe 3 - Référé contractuel

L'article 60. 3 de la directive introduit de nouvelles dispositions en matière de référé contractuel, ouvert après la signature du marché. Aux termes de ces dispositions : « *Dans tous les cas, un marché ne peut être considéré comme ne produisant pas d'effet si les conséquences de cette absence d'effets peuvent sérieusement menacer l'existence même d'un programme de défense et de sécurité plus large qui est essentiel pour les intérêts d'un Etat membre en matière de sécurité. Dans tous les cas énumérés ci-dessus, les Etats-membres prévoient des sanctions au sens de l'article 61, paragraphe 2, qui s'appliquent à titre de substitution* ».

Cette disposition doit être transposée aux dispositions du code de justice administrative relatives au référé contractuel (articles L. 551-17 et suivants CJA).

Ainsi, aux termes des dispositions de l'article L. 551-18 du CJA, le juge prononce la nullité du contrat lorsqu'aucune des mesures de publicité requises pour sa passation n'a été prise, ou lorsque a été omise une publication au Journal officiel de l'Union européenne dans le cas où une telle publication est prescrite.

⁴⁴ Directive 2004/17/CE du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux.

⁴⁵ CE, 26 septembre 2007, Département du Gard, n° 255993, mentionné aux tables du recueil Lebon

La même annulation est prononcée lorsqu'ont été méconnues les modalités de remise en concurrence prévues pour la passation des contrats fondés sur un accord-cadre ou un système d'acquisition dynamique.

Le juge prononce également la nullité du contrat lorsque celui-ci a été signé avant l'expiration du délai exigé après l'envoi de la décision d'attribution aux opérateurs économiques ayant présenté une candidature ou une offre ou pendant la suspension prévue à l'article L. 551-4 ou à l'article L. 551-9 si la méconnaissance de ces obligations a privé le demandeur de son droit d'exercer le recours prévu par les articles L. 551-1 et L. 551-5, et si les obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles sa passation est soumise ont été méconnues d'une manière affectant les chances de l'auteur du recours d'obtenir le contrat.

L'article L.551-19 précise les sanctions de substitution lorsque le juge ne prononce pas la nullité du contrat.

Il est donc proposé de préciser, à l'article L.551-19 du CJA, que le juge ne peut prononcer la nullité du contrat lorsque cette mesure menacerait sérieusement l'existence même d'un programme de défense ou de sécurité plus large qui est essentiel pour les intérêts de sécurité de l'Etat. Il lui appartient, dans ce cas, de choisir entre les différentes sanctions de substitution prévues au premier alinéa de l'article L.551-19.

Paragraphe 4 - Interdictions de soumissionner

L'article 39.1 de la directive 2009/81/CE prévoit deux nouvelles interdictions de soumissionner, que les Etats doivent obligatoirement transposer:

1. Infractions terroristes ou nouvelles infractions terroristes (Article 39.1d))
2. Financement du terrorisme (39.1.e))

4.1. Infractions terroristes ou infractions liées aux activités terroristes

Les articles 421-1, 421-2 et 421-2-3 du code pénal sanctionnent ce délit en droit interne. Il est donc proposé d'ajouter ces deux articles à la liste des interdictions de soumissionner figurant à l'article 8 de l'ordonnance précitée du 6 juin 2005.

4.2. Financement du terrorisme (39.1.e)) 421-2-1 code pénal

Ce délit existe, en droit interne, aux termes des dispositions des articles 421-2-1 et 421-2-2 du code pénal. Il est par conséquent proposé d'ajouter cet article à la liste des interdictions de soumissionner inscrite à l'article 8 de l'ordonnance précitée du 6 juin 2005.

Paragraphe 5 – Exclusions

Les directives communautaires 2004/18/CE, 2004/17/CE et 2009/81/CE prévoient des cas dans lesquels les acheteurs publics peuvent se dispenser de toute procédure. Ces exclusions sont pour partie communes aux trois directives, pour partie propres à chacune d'elle. L'article 7 de l'ordonnance est modifié en conséquence. Les exclusions communes aux trois directives sont ajustées, dans leur rédaction, par souci de clarté et de cohérence et font l'objet du I. Les exclusions propres aux directives 2004/18/CE et 2004/17/CE font l'objet du II de ce même article. Enfin, les exclusions propres à la directive 2009/81/CE sont introduites au III de

l'article 7 de l'ordonnance. De cette manière, on évite que les acheteurs publics utilisent abusivement les exclusions propres aux marchés ordinaires pour leurs marchés de défense ou de sécurité. Et réciproquement, on permet à ces acheteurs, pour ces marchés, d'utiliser les nouvelles exclusions.

5.1. Exclusion relative à la détention d'un droit exclusif (article 7.1.1° de l'ordonnance)

Les dispositions relatives à cette exclusion, qui est commune aux marchés ordinaires et aux marchés passés dans les domaines de la défense ou de la sécurité, sont modifiées afin d'actualiser l'intitulé du traité adopté par les 27 Etats-membres de l'Union européenne le 13 décembre 2007 à Lisbonne et ratifié par la France le 13 février 2008⁴⁶. Le traité instituant la Communauté européenne s'intitule désormais le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE).

5.2. Acquisition de biens immeubles (article 7.1.2° de l'ordonnance).

Cette exclusion existe d'ores et déjà dans l'ordonnance. Elle porte sur les marchés de services qui ont pour objet l'acquisition ou la location, quelles qu'en soient les modalités financières, de terrains, de bâtiments existants ou d'autres biens immeubles, ou qui concernent d'autres droits sur ces biens.

Toutefois, aux termes des dispositions de l'article 13. e) de la directive, cette exclusion est plus restrictive pour les marchés ordinaires que pour les marchés de défense ou de sécurité. C'est la raison pour laquelle ces derniers sont expressément exclus des dispositions qui font entrer les « contrats de services financiers conclus en relation avec le contrat d'acquisition ou de location, sous quelque forme que ce soit », dans le champ d'application de l'ordonnance.

5.3. Marchés passés en vertu des règles d'une organisation internationale (article 7.1.36° de l'ordonnance).

Cette exclusion concerne les marchés passés en vertu de la procédure propre à une organisation internationale (article 12. c. de la directive).

Le champ d'application organique des directives relatives aux marchés publics ne s'étend pas aux organisations internationales. Dès lors, l'exclusion ne porte pas sur les achats des organisations internationales pour leur propre compte. Elle concerne en réalité leurs achats effectués pour le compte des acheteurs publics lorsque cela fait partie intégrante de la mission de ces organisations. L'exclusion recouvre également les achats des acheteurs publics pour le compte des organisations internationales.

⁴⁶ Loi n° 2008-125 du 13 février 2008 autorisant la ratification du traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union européenne, le traité instituant la Communauté européenne et certains actes connexes

Cette exclusion était déjà présente dans l'ordonnance. Il est apparu utile d'en préciser la signification à l'occasion de la transposition de la directive 2009/81/CE

5.4. Marchés passés selon des règles de passation particulières prévues par un accord international y compris un arrangement international relatif au stationnement de troupes ou conclu entre au moins un Etat membre de l'Union européenne et au moins un Etat tiers (article 7.I.4° de l'ordonnance).

Cette exclusion résulte de la transposition des dispositions des l'article 12.a) et 12.b) de la directive 2009/81/CE.

L'insertion des termes « ou un arrangement » est une simple précision apportée par l'article 12. b) et le considérant 26 de la directive.

Un arrangement est un accord conclu par un ministre avec son homologue étranger, soit sur le fondement d'un accord existant, soit en vertu du pouvoir d'organisation des services reconnus aux ministres. Il obéit à une simple procédure d'information du ministre des affaires étrangères.

La circulaire du Premier ministre en date du 30 mai 1997 relative à l'élaboration et à la conclusion des accords internationaux indique qu'à côté des accords internationaux conclus au nom des chefs d'Etat ou de gouvernement, la pratique internationale admet la conclusion d'arrangements administratifs, conclus avec leurs homologues étrangers par les ministres.

5.5. Marchés qui exigent le secret (article 7.II.3° de l'ordonnance)

La directive 2009/81/CE, parce qu'elle est adaptée à la sensibilité des marchés de défense et de sécurité, ne reprend pas l'exclusion relative au secret prévue, pour les marchés ordinaires, au 5° de l'article 7 de l'ordonnance. L'exigence du secret n'est donc plus une cause de dérogation pour les marchés de défense et de sécurité.

5.6. Marchés de services de Recherche & Développement (R&D) (article 7.III.2° de l'ordonnance)

Une exclusion semblable existait déjà dans l'ordonnance, et la transposition de la directive est l'occasion d'en préciser et d'en simplifier les termes. Il est désormais clairement prévu que cette exclusion profite aux marchés de services de R&D dont le coût ou les bénéfices, alternativement, sont partagés entre l'acheteur et le titulaire.

La définition de la R&D pour les marchés de défense et de sécurité est toutefois plus étroite que pour les marchés ordinaires, du fait des coûts importants de la R&D dans ce secteur. Cette définition, précise et opérationnelle, est inscrite dans la loi.

5.7. Marchés portant sur des armes, munitions ou matériel de guerre, lorsque, au sens de l'article 346 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne,

la protection des intérêts essentiels de sécurité de l'Etat l'exige (article 7.III.3° nouveau de l'ordonnance).

Cette exclusion résulte de la transposition de l'exclusion prévue à l'article 346 b) du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux termes duquel : « tout Etat membre peut prendre les mesures qu'il estime nécessaires à la protection des intérêts essentiels de sa sécurité et qui se rapportent à la production ou au commerce d'armes, de munitions et de matériel de guerre (...) ».

Aux termes de l'article 2 de la directive 2009/81/CE, les dispositions de l'article 346 TFUE (ex-296 TCE) s'appliquent lorsque les conditions précitées sont réunies.

5.8. Marchés pour lesquels l'application de l'ordonnance ou du code des marchés publics obligerait à une divulgation d'informations contraire aux intérêts essentiels de sécurité de l'Etat (article 7.III.4° de l'ordonnance).

Cette exclusion résulte de la transposition des dispositions de l'article 13.a) de la directive 2009/81/CE.

5.9. Marchés spécifiquement destinés aux activités de renseignement (article 7.III.5 de l'ordonnance).

Cette exclusion résulte de la transposition des dispositions de l'article 13.b) de la directive 2009/81/CE.

5.10. Marchés passés dans le cadre d'un programme de coopération fondé sur des activités de recherche et développement mené conjointement par l'Etat et un autre Etat membre de l'Union européenne (article 7.III.6° de l'ordonnance).

Cette exclusion résulte de la transposition des dispositions de l'article 13.c) de la directive. L'article renvoie à la définition du cycle de vie du produit introduite au c) du II de l'article 2 de l'ordonnance.

5.11. Marchés passés dans un pays tiers lorsque des forces sont déployées hors du territoire de l'Union européenne, et que les besoins opérationnels exigent qu'ils soient conclus avec des opérateurs économiques locaux implantés dans la zone des opérations (article 7.III.7° de l'ordonnance).

Cette exclusion résulte de la transposition de l'article 13. d) de la directive 2009/81/CE.

5.12. Marchés ayant pour objet des travaux, fournitures ou services mentionnés au II de l'article 2, et des travaux, fournitures ou services n'entrant pas dans le champ de l'ordonnance, lorsque la passation d'un marché global est justifiée pour des raisons objectives (article 7.III.8° de l'ordonnance).

Cette exclusion résulte de la transposition des dispositions de l'article 3.2 de la directive sur les marchés mixtes. Aux termes de ces dispositions les marchés ayant pour objets des travaux, fournitures ou services entrant pour partie dans le champ d'application de la directive 2009/81/CE et, pour l'autre partie, ne relevant ni de la présente directive, ni de la directive 2004/17/CE, ni de la directive 2004/18/CE, sont exclus de l'application de la directive 2009/81/CE.

Il convient dès lors d'ajouter cette nouvelle exclusion aux dispositions de l'ordonnance.

Section 3 – La transposition recherche, en second lieu, l'exploitation des marges de manœuvre offertes par la directive.

Paragraphe 1 - L'ensemble des interdictions de soumissionner proposées aux Etats dans la directive sont transposées en droit national

L'article 39.2 de la directive ouvre la possibilité aux Etats d'introduire plusieurs interdictions de soumissionner, parmi lesquelles :

1. le délit lié à la moralité professionnelle (article 39.1.c) de la directive) ;
2. la condamnation pour violation des obligations de l'attributaire en matière de sécurité de l'information ou de sécurité de l'approvisionnement lors d'un précédent marché (article 39.2.d))
3. le fait que le candidat ne possède pas la fiabilité nécessaire pour éviter des atteintes à la sécurité de l'Etat (article 39. 2. e))

1.1. Le délit d'atteinte à la moralité professionnelle

La directive permet de sanctionner par une interdiction de soumissionner les condamnations passées d'un opérateur pour délit affectant sa moralité professionnelle. La violation du secret professionnel qui est sanctionnée, en droit interne, par les dispositions de l'article 226-13 du code pénal, constitue un tel délit, de surcroît particulièrement en matière de défense et de sécurité. Il est par conséquent proposé de transposer cette nouvelle interdiction de soumissionner par une référence aux dispositions précitées du code pénal à l'article 8 de l'ordonnance du 6 juin 2005 précitée.

Par ailleurs, la directive donne comme exemple d'un délit affectant la moralité professionnelle, la violation de la législation en matière d'exportation d'équipement de défense ou de sécurité. Il est proposé de prendre en compte la précision apportée par la directive 2009/81/CE en ajoutant à la liste des interdictions de soumissionner les incriminations prévues par les articles L. 2339-2 à L. 2339-4, L. 2339-9 et L. 2339-11-1 à L. 2339-11-3 du code de la défense, dans leur rédaction issue du présent projet de loi.

Trois types de manquements seront ainsi sanctionnés par une interdiction de soumissionner :

- les manquements aux règles de fabrication et de commerce de matériels de guerre, armes et munitions (visés aux articles L. 2339-2 à L.2339-4),

- les manquements aux règles de port, de transport et d'expédition de matériels de guerre, armes et munitions (visés à l'article L. 2339-9),
- les manquements aux règles d'exportation, d'importation et de transfert de matériels de guerre, armes, munitions (visés aux articles L. 2339-11-1 à L. 2339-11-3).

1.2. La condamnation pour violation des obligations de l'attributaire en matière de sécurité de l'information ou de sécurité de l'approvisionnement lors d'un précédent marché

En ce qui concerne l'interdiction de soumissionner liée à la violation des obligations de l'attributaire en matière de sécurité de l'information ou de sécurité de l'approvisionnement lors d'un précédent marché, les dispositions des articles 413-9 à 413-12 du code pénal sanctionnent, en droit interne, les atteintes au secret de la défense nationale. Il est donc proposé d'ajouter une référence à ces articles dans l'article 8 de l'ordonnance précitée du 6 juin 2005.

En outre, afin de compléter les dispositions du code pénal, il est proposé de créer une nouvelle interdiction de soumissionner propre aux marchés de défense ou de sécurité. Cette nouvelle interdiction de soumissionner aura ainsi pour effet d'écarter les personnes qui ont été sanctionnées par la résiliation de leur marché ou qui ont vu leur responsabilité civile engagée par une décision de justice pour méconnaissance de leurs engagements en matière de sécurité d'approvisionnement ou en matière de sécurité de l'information. Elle sera introduite, à l'article 8 de l'ordonnance précitée du 6 juin 2005.

1.3. Interdiction liée au fait que le candidat ne possède pas la fiabilité nécessaire pour éviter des atteintes à la sécurité de l'Etat

Aucun dispositif pénal ne sanctionne, à ce jour, un opérateur économique au sujet duquel il est établi, au besoin par des preuves provenant de sources de données protégées, qu'il ne possède pas la fiabilité nécessaire pour éviter des atteintes à la sécurité de l'Etat membre.

Il est donc proposé de créer une nouvelle interdiction de soumissionner à l'article 8 de l'ordonnance précitée du 6 juin 2008.

Paragraphe 2 - Sous-traitance

L'article 21 ouvre la possibilité de rejeter les sous-traitants sélectionnés par le soumissionnaire au stade de la procédure d'attribution du marché principal ou par le soumissionnaire retenu lors de l'exécution du marché.

Afin notamment de sécuriser les approvisionnements et la confidentialité de certaines données sensibles, il est prévu de permettre aux acheteurs publics de ne pas accepter un ou plusieurs « sous-contractants ». Cette possibilité est indiquée à l'article 37-1 nouveau de l'ordonnance.

Paragraphe 3 - Référé précontractuel

Aux termes des dispositions de l'article L. 551-2 du code de justice administrative (CJA), le juge peut annuler la passation des marchés des pouvoirs adjudicateurs (PA), dans le cadre

d'un référé précontractuel. Ce pouvoir d'annulation lui a été conféré par les dispositions de l'article 2 de la directive 89/665/CEE modifiée.

Les dispositions de l'article 56.1 de la directive offrent aux Etats la possibilité de remplacer ce pouvoir d'annulation par un pouvoir d'injonction éventuellement assorti d'astreinte.

Il est proposé de transposer ces dispositions, ce qui aura pour effet, en droit national d'appliquer le même régime aux pouvoirs adjudicateurs et aux entités adjudicatrices. En effet, en ce qui concerne ces dernières, les articles L. 551-6 et L. 551-7 du code de justice administrative prévoient d'ores et déjà que le juge possède, dans le cadre du référé précontractuel, un pouvoir d'injonction et d'astreinte à l'encontre des marchés dont la passation n'aurait pas respecté les règles de publicité et de mise en concurrence.

Paragraphe 4 - Effectivité des engagements internationaux

Le considérant 18 de la directive prévoit que : *« les marchés d'armes, munitions et matériel de guerre qui sont passés par des pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices opérant dans le domaine de la défense sont exclus du champ d'application de l'accord sur les marchés publics (AMP) conclu dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce. Les autres marchés couverts par la présente directive sont également exemptés de l'application de l'AMP en vertu de son article XXIII. L'article 296 du traité et l'article XXIII, paragraphe 1, de l'AMP ont en effet une portée différente et sont soumis à des normes de contrôle juridictionnel différentes. Les États membres peuvent toujours recourir à l'article XXIII, paragraphe 1, de l'AMP dans les cas où l'article 296 du traité ne peut être invoqué. Les conditions d'application de ces deux dispositions sont donc différentes. »*

« Cette exclusion signifie que dans le contexte spécifique des marchés de la défense et de la sécurité, les États membres conservent le pouvoir de décider si oui ou non leurs pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices peuvent autoriser des agents économiques de pays tiers à participer aux procédures de passation des marchés. Ils devraient fonder cette décision sur des considérations de bon rapport qualité-prix, en reconnaissant la nécessité d'une Base industrielle et technologique de défense européenne compétitive au niveau mondial, l'importance de marchés ouverts et équitables et l'obtention d'avantages mutuels. Les États membres devraient insister sur une ouverture de plus en plus grande des marchés. Les partenaires de l'Union européenne devraient également faire preuve d'ouverture, sur la base de règles internationalement reconnues, notamment en ce qui concerne une concurrence ouverte et loyale. »

L'ouverture à la concurrence des marchés de défense et de sécurité rend indispensable la mise en œuvre de la faculté reconnue aux Etats membres par le considérant 18.

Le nouvel article 37-2 de l'ordonnance du 6 juin 2005 permet aux acheteurs publics de fermer aux opérateurs économiques tiers à l'Union l'accès à certains de leurs marchés de défense ou de sécurité.

Le nouvel article 38 ajouté à l'ordonnance de 2005 rend applicables les dispositions de cet article 37-2 aux personnes régies par le code des marchés publics.

Chapitre 4 - LES IMPACTS DE LA TRANSPOSITION DE LA DIRECTIVE MARCHÉS DE DÉFENSE ET DE SÉCURITÉ

Section 1 - Impacts juridiques

Les dispositions de la directive s'appliqueront essentiellement à l'Etat et à ses établissements publics. C'est la raison pour laquelle la directive sera transposée, pour sa plus grande partie, dans le code des marchés publics.

Toutefois, les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices régis par les dispositions de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics, pourront décider de se soumettre aux procédures de passation des marchés publics définies par la directive. Ainsi, les opérateurs de réseaux tels qu'Aéroports de Paris, Electricité de France et la Société nationale des chemins de fer, qui forment les entités adjudicatrices régies par l'ordonnance du 6 juin 2005, pourront bénéficier des dispositions de la directive s'ils souhaitent passer des marchés dans les domaines de la défense ou de la sécurité. Ils pourront également bénéficier des dispositions du code des marchés publics relatives à l'exécution.

Le nouveau dispositif aura pour effet d'assouplir le régime des marchés passés dans les domaines de la défense ou de la sécurité, en prévoyant des procédures de passation et d'exécution plus adaptées à la sensibilité de ce type de marché que ne le sont les dispositions actuelles de la 1^{ère} partie du code des marchés publics.

Le risque contentieux inhérent à la transposition de la directive 2009/81/CE est limité. Actuellement, les marchés de défense ou de sécurité font naître un contentieux restreint de l'ordre d'une dizaine de recours par an. L'obligation de recourir à des mesures de publicité et de mise en concurrence imposées par les dispositions de la directive est de nature à favoriser un accroissement du contentieux. Une telle augmentation devrait toutefois demeurer faible en valeur absolue.

La modification du code de justice administrative aura pour effet, d'une part, de limiter les pouvoirs du juge du référé précontractuel à des pouvoirs d'astreinte, d'autre part, d'interdire au juge du référé contractuel de prononcer la nullité du contrat si cette mesure menace sérieusement l'existence même d'un programme de défense ou de sécurité plus large qui est essentiel pour les intérêts de sécurité de l'Etat. Un tel dispositif permettra de sauvegarder les intérêts de l'Etat dans le cadre de marchés dont la poursuite est nécessaire à la sauvegarde des intérêts de défense et de sécurité.

Section 2 - Impacts économiques

Paragraphe 1 - Une plus grande ouverture à la concurrence

L'impact économique essentiel de cette transposition réside dans la large ouverture à la concurrence alors que certaines procédures de marchés pouvaient rester jusqu'à présent relativement fermées afin de protéger des informations sensibles en matière de sécurité.

1.1. Impact économique dans le domaine de la sécurité intérieure

La loi de transposition impactera notamment les achats du ministère de l'intérieur dans le domaine des systèmes d'informations concourant à la lutte contre le terrorisme, la criminalité organisée ou le contrôle des flux migratoires. Ces marchés destinés à la sécurité, font en effet intervenir, nécessitent ou comportent des informations classifiées ou protégées. En effet, le code des marchés publics ne permet pas, à l'heure actuelle, aux services de la police nationale ou de la gendarmerie (de nombreuses procédures de marchés sont mutualisées via des accords-cadres) de tirer pleinement partie de la concurrence dans ce secteur.

Aujourd'hui, la protection des informations sensibles peut contraindre les pouvoirs adjudicateurs à recourir aux procédures de type adaptée quand les seuils financiers le permettent ou, dans certains cas, à l'article 3-7 du code des marchés publics ou à l'article 7.5° de l'ordonnance du 6 juin 2005, quand les conditions de recours à ces articles sont remplies, afin de ne faire appel qu'à des industriels dotés de la fiabilité nécessaire à ce type de contrats. La transposition de la directive élargira l'éventail des choix offerts à l'administration tout en veillant à ce que la divulgation des informations reste sécurisée.

Ainsi le mode de passation selon la procédure négociée permettra d'améliorer le rapport coût / efficacité de l'achat public. De plus, l'encadrement des procédures négociées favorisera sans doute par le jeu de la sous-traitance transfrontière l'élévation du niveau technique général.

Par ailleurs, la directive 2009/81 relève le seuil de la procédure adaptée, ce qui accroît la marge de manœuvre pour les acheteurs publics. En effet, dans ce cadre, il est possible de s'inspirer de l'appel d'offre restreint ou du marché négocié, sans les citer, et d'effectuer ainsi une large publicité via la mise en place de plateformes de marchés interministérielles. La divulgation des pièces du marché sera, dans ce cadre, limitée à des tiers bénéficiant de l'autorisation d'accéder et de traiter des informations protégées ou classifiées.

En outre, l'élargissement du recours à la sous-traitance d'une part et une meilleure reconnaissance des équivalences d'habilitation au niveau européen d'autre part devraient élargir le champ des intervenants.

1.2. Impact économique dans le domaine de la défense

Le poids économique de l'industrie de défense en France est considérable, par la diversité du tissu industriel concerné, par les emplois générés et par l'importance de l'activité en matière de recherche et d'innovation dans les hautes technologies. A partir de la fin des années 1950, la France a mis en œuvre une politique industrielle de défense orientée vers la recherche de l'autonomie stratégique et technologique, structurée autour de grands programmes d'armement exploitant les technologies de rupture (nucléaire, aéronautique, missiles...). Grâce à ces investissements, la France dispose aujourd'hui d'une industrie de défense performante, au deuxième rang en Europe, juste derrière le Royaume-Uni. Elle représente 165 000 emplois directs et au moins autant d'emplois indirects, pour un chiffre d'affaires d'environ 15 milliards d'euros (soit de l'ordre de 0,75 à 0,80 % du produit intérieur brut français)⁴⁷

Un tiers environ de ce chiffre d'affaires est généré par les exportations, la France se plaçant depuis plusieurs années au quatrième rang mondial des exportateurs d'armement. L'impact des programmes industriels d'armement sur la croissance de l'économie et sur l'emploi dépend directement du volume des commandes et donc des crédits d'équipement votés

⁴⁷ Réponse du ministre de la défense du 23-03-2010 à une question écrite n°70861. - 09 février 2010

annuellement par le Parlement et s'inscrivant dans le cadre fixé par la loi de programmation militaire pour les années 2009 à 2014⁴⁸.

La grande majorité des marchés de défense est actuellement passée conformément aux dispositions du décret n° 2004-16 du 7 janvier 2004 pris en application de l'article 4 du code des marchés publics et concernant certains marchés publics passés pour les besoins de la défense. Les dispositions de ce texte ont pour effet de limiter la concurrence dans les marchés de l'armement lorsque les intérêts essentiels de sécurité de l'Etat sont en jeu en offrant la possibilité au pouvoir adjudicateur de s'abstenir de toute mesure de publicité, notamment lorsque le marché est couvert par le secret. A court terme, on peut ainsi estimer qu'entre les deux tiers et les trois quarts des marchés d'armement pourraient être soumis au futur texte. Cela représente de l'ordre de 8 milliards d'euros par an.

Par ailleurs, et indépendamment des autres exceptions du champ matériel de la directive et des marchés de sécurité, certains marchés passés pour les besoins de la défense dans des domaines connexes à l'armement (marchés de soutien, de moyens d'essais ..) aujourd'hui passés sous l'empire du code des marchés publics, entreront dans le champ du futur texte. Ces marchés ont un volume proportionnellement faible, inférieur à un milliard d'euros.

Paragraphe 2 - Un impact positif sur les petites et moyennes entreprises (PME)

2.1. Impact sur les PME œuvrant dans le domaine de la sécurité intérieure

Depuis 2005, les services de police du ministère de l'intérieur ont réalisé un effort important vis à vis des PME pour mieux les informer en amont du lancement des procédures et de l'émergence de nouveaux besoins. En outre, la Police a mis en place des ateliers de sensibilisation au code des marchés publics, au travers du Pacte PME et avec l'aide de l'établissement public OSEO.

La nouvelle directive devrait permettre d'augmenter le nombre des contrats transfrontaliers que la police nationale passe déjà avec des sociétés de nombreux pays européens (Allemagne, Finlande) ou de l'Espace européen (Suisse).

2.2. Impact sur les PME œuvrant dans le domaine de la défense

4 000 PME participent en France à l'effort de défense. Elles sont réparties sur de nombreuses parties du territoire national, notamment en Île-de-France, dans le Sud-ouest (aéronautique, espace et missiles), le Grand Ouest (naval, électronique), la région Provence-Alpes-Côte d'Azur (aéronautique, naval), le Centre et le Massif central (terrestre, missiles, maintenance aéronautique)⁴⁹.

Les dispositions de la directive relatives à la sous-traitance auront pour effet de lutter contre les mesures de compensation industrielle dites « offsets » auxquelles recourent certains pays européens. Ces compensations conduisent aujourd'hui les grandes entreprises françaises d'armement à devoir sous traiter une part de leur marché dans le pays européen dans lequel réside le pouvoir adjudicateur qui leur a passé commande.

Les PME françaises devraient bénéficier des dispositions de la directive limitant les offsets.

⁴⁸ Réponse du ministre de la défense du 23-03-2010 à une question écrite n°70861. - 09 février 2010

⁴⁹ Réponse du ministre de la défense du 23-03-2010 à une question écrite n°70861. - 09 février 2010

Paragraphe 3 - Un impact attendu sur les prix

3.1. Impact sur les prix dans le domaine de la sécurité intérieure

La plus grande ouverture du marché et l'utilisation de la procédure négociée devrait permettre de réduire les coûts et d'encourager la discussion pour adapter au juste besoin les solutions proposées par les entreprises.

A ce titre, une meilleure lisibilité sur les prix à l'échelle européenne pourrait avoir un impact positif sur le budget du ministère de l'intérieur.

3.2. Impact sur les prix dans le domaine de la défense

L'effet de la concurrence européenne devrait se faire assez peu sentir, étant donné qu'une partie des marchés d'armement y est déjà soumise, par le biais du décret défense, et que les entreprises françaises dans le domaine de l'armement sont des entreprises de taille importante en Europe.

Si des baisses de prix devraient pouvoir être obtenues pour les marchés qui seront nouvellement mis en concurrence, leur impact global restera limité. La coopération européenne en matière d'armement correspond à une rationalisation de l'utilisation de l'outil industriel mais n'a pas démontré qu'elle générerait des baisses significatives de prix.

Section 3 – Impact en matière industrielle

L'ouverture à la concurrence européenne pourrait générer des difficultés pour des entreprises ou des sous-secteurs déjà en crise et qui ne bénéficient pas des marchés des secteurs stratégiques. Pour les autres secteurs et pour les entreprises les plus fortes, la concurrence européenne ne devrait pas les pénaliser en ce qui concerne les attributions des marchés en France et devrait au contraire permettre aux entreprises françaises d'être plus fortes ailleurs en Europe.

Une des avancées majeure de la nouvelle directive sera la disparition progressive des compensations industrielles dites « offsets » auxquelles ont recours certains pays européens. Ces compensations, qui se traduisent notamment par l'obligation de sous-traiter le marché dans le pays dans lequel réside le pouvoir adjudicateur ont pour effet de réduire la concurrence entre les industriels en Europe. Cette évolution est de nature à renforcer les positions des industriels français au détriment des entreprises locales soutenues par leurs gouvernements respectifs au travers des compensations.

Le bilan global de l'ouverture européenne devrait donc être plutôt positif. La réduction attendue des budgets en Europe devrait néanmoins moduler cet effet.

Section 4 - Impacts internationaux

L'industrie nationale d'armement exporte en moyenne 5 milliards d'euros de prestations par an. Les importations dans ce secteur sont plus le fait des sous-traitants et fournisseurs et sont donc plus difficiles à chiffrer mais peuvent être évaluées à 1 milliard d'euros. La balance commerciale du secteur est donc actuellement nettement positive. De même le secteur de l'aéronautique civile est indirectement soutenu par le secteur de l'armement et connaît une balance commerciale également sensiblement positive.

Section 5 - Impacts sociaux

L'industrie d'armement est une industrie de haute technologie, gourmande en main d'œuvre, cette main d'œuvre étant en outre très qualifiée. Les salaires y sont plus élevés que dans la moyenne de l'industrie et y évoluent plus vite de façon à attirer et à conserver les meilleurs ingénieurs et ouvriers.

L'industrie d'armement emploie 165 000 personnes directement en France et presque autant indirectement. L'impact de la directive étant plutôt favorable à notre industrie, il pourrait être également favorable à l'emploi.

Section 6 - Impacts sur les coûts administratifs

La mise en œuvre des nouvelles procédures de la directive 2009/81/CE devrait avoir un impact faible sur les services acheteurs. Les évolutions des coûts administratifs devraient être quasi nulles.

Ainsi, le traitement des marchés publics selon les nouvelles dispositions ne devrait pas entraîner de surcharge de travail pour les services de l'Etat en charge de la passation des marchés publics. Globalement, les tâches de l'administration devraient évoluer vers un formalisme plus adapté aux exigences actuelles de la commande publique qui privilégie la négociation. Le métier d'acheteur public est en effet appelé à évoluer vers une meilleure prise en compte des besoins, au meilleur coût, dans le cadre des négociations avec les entreprises.

Enfin, l'ouverture du marché exigera un plus grand nombre d'habilitations des entreprises pour la protection des informations sensibles. Les services devront s'organiser afin d'éviter tout retard dans la délivrance des habilitations susceptibles d'allonger la durée des procédures de marché.

Section 7 - Impact en matière de recherche et d'innovation

Le soutien de la recherche en matière de défense, donc de la base industrielle et technologique de défense (BITD) est considéré comme essentiel tant pour notre capacité à disposer dans l'avenir des matériels nécessaires aux missions de nos armées que pour la pérennité de nos entreprises de défense et des entreprises qui leur sont liées.

La directive 2009/81 exclut la recherche de son champ matériel comme la directive 2004/18. La nouvelle directive donne une définition précise et extensive de la recherche et développement qui permet d'exclure de son champ d'application l'ensemble des études amont jusqu'à la phase de démonstration. Elle permet donc le soutien de la recherche nationale en matière de défense.

Section 8 - Impact sur l'environnement

La nouvelle directive ne devrait pas avoir d'impact en matière d'environnement.

Section 9 - Impacts outre-mer

La directive 2009/81/CE intéresse essentiellement un certain nombre de marchés passés par l'Etat, et, au sein de celui-ci, par l'administration centrale. La transposition de ce texte n'est donc pas de nature à avoir un quelconque impact outre-mer.

Chapitre 5 - CONSULTATIONS MENEES

Le code de justice administrative devant être modifié, le Conseil supérieur des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel a été consulté.

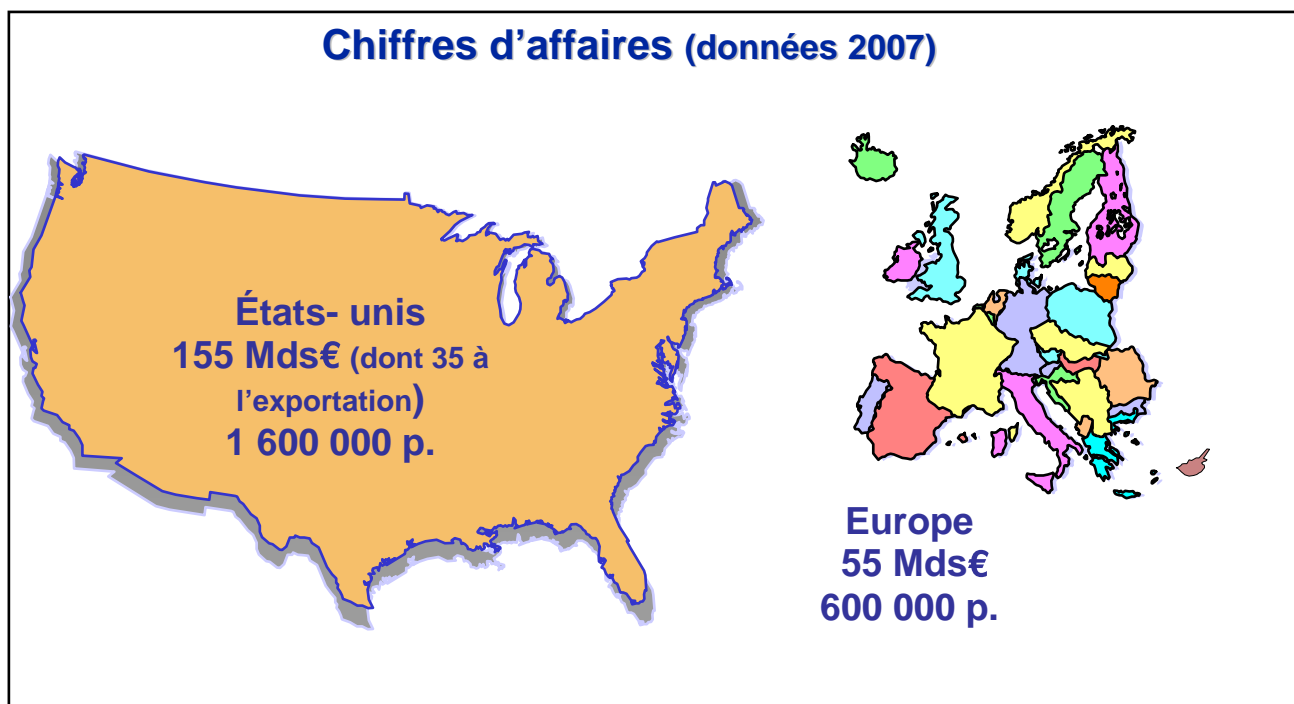
Le Conseil a émis un avis favorable le 21 septembre 2010.

ANNEXE 1

Panorama des industries de défense

Le marché international de l'armement a connu une longue phase d'expansion. Après avoir baissé à partir du milieu des années quatre-vingt, les dépenses militaires ont augmenté régulièrement dans le monde, sauf en Europe occidentale, depuis le début des années 2000. Elles s'élèvent aujourd'hui à environ 1000 Milliards d'euros dont un peu plus de 300 milliards pour les achats d'armement.

Beaucoup de pays, lorsqu'ils disposent d'une base industrielle et technologique de défense (BITD), recourent à un approvisionnement domestique. Leurs marchés demeurent alors d'accès difficile aux industriels ne disposant pas d'implantation locale. Le cas des États-unis illustre parfaitement cette situation avec un marché domestique considérable d'environ 120 Mds € extrêmement difficile à pénétrer de l'extérieur.



Dans ce contexte, le marché de l'armement ouvert à l'export est ainsi passé de 50 Mds € en 2000 à près de 70 Mds € en 2009. Si la crise économique et financière commencée à l'été 2008 a eu un impact négatif, 2010 devrait voir la reprise mondiale conforter le secteur de l'armement.

Les perspectives de croissance demeurent en raison d'un cycle d'acquisition de matériels neufs, à forte valeur ajoutée technologique, qui profitera aux grands exportateurs.

La hiérarchie de ceux-ci semble se maintenir. Les États-unis, l'Union européenne (où la France et le Royaume-Uni se distinguent), la Russie et Israël restent les principaux pays exportateurs. Ces cinq pays totalisent 88 % du marché sur la décennie 1999-2008 et 84 % sur l'année 2008. Les États-Unis continuent de dominer le marché à hauteur de 52,3% de parts de marché sur la période 2003-2007; l'Union européenne maintient ses positions autour de 30% du marché. Au sein de l'UE, le Royaume-Uni est le deuxième fournisseur mondial. Sa part de marché est de 13,7% sur la décennie écoulée. La Russie a vu sa position concurrentielle progresser ces dernières années et peut se prévaloir pour la période 2003-2007 d'atteindre les 8,2% de parts de marché.

La France a consolidé sa position au 4^{ème} rang des fournisseurs mondiaux avec 7,9 Mds € de prise de commande en 2009 soit un chiffre supérieur de 20% aux 6.58 Mds € de 2008. Il correspond à la part française des contrats signés et entrés en vigueur en 2009.

- *Des projets complexes exigeant des compétences variées*

Les acteurs du tissu industriel intervenant dans la réalisation des systèmes d'armes répondent à des problématiques différentes :

- maîtres d'œuvre globaux aptes à assumer la responsabilité des projets les plus complexes aux plans technique et financier et à répondre aux grandes compétitions sur le marché international, en maîtrisant les risques associés. Leur envergure est souvent multinationale et trans-sectorielle ;
- maîtres d'œuvre de premier rang, capables d'assurer l'assemblage ou l'intégration de systèmes d'armes entiers pour le marché domestique et international ;
- grands équipementiers, responsables de sous-systèmes ;
- la chaîne de sous-traitance : détenteurs de technologies particulières, fournisseurs de composants élémentaires des grands équipements et sous-systèmes, dont les petites et moyennes entreprises (PME/PMI) qui peuvent jouer un rôle important notamment en se positionnant sur des niches technologiques ; sociétés ayant des activités dans des secteurs civils comme l'électronique, l'aéronautique ou l'automobile et qui sont généralement des PME/PMI.

- *Structuration de l'offre industrielle*

Pour s'adapter aux spécificités du marché de défense, les industriels se sont organisés selon des axes de spécialisation, par segment de marché, par métier ou par types de prestations.

L'activité des industriels est souvent issue de gammes de produits liés à un milieu physique d'évolution (mer, terre, air, espace voire à venir cyberspace), chacun étant caractérisé par ses contraintes propres et ses conséquences industrielles et technologiques.

Certains industriels se focalisent sur un segment unique : naval, terrestre, aérien, spatial. Au-delà, le besoin opérationnel marqué par une « interarmisation » avec l'emploi croissant de moyens de communication, de systèmes d'information et de commandement et l'émergence

d'opérations en réseau a incité certains industriels à se réorganiser pour prendre en compte cette nouvelle dimension. Ces équipements interarmées permettent de renforcer la cohérence des moyens des différentes armes afin d'en accroître les capacités. Ce qui permet une meilleure gestion des capacités globales d'une armée en évitant des duplications coûteuses. Dans cette optique, certains grands maîtres d'œuvre se présentent de plus en plus comme des fournisseurs de solutions de défense globales.

D'autres industriels interviennent en tant que « spécialistes » en s'étant positionnés sur des créneaux technologiques spécifiques : l'optique, le radar, les lasers, la métallurgie des poudres, la mécanique de précision, les matériaux composites... Ce mouvement s'est développé du fait du désengagement de certains maîtres d'œuvre de ces spécialités qui ne sont pas considérées comme faisant partie de leur cœur de métier. Ces industriels offrent leur service à tous les segments de marché auxquels ils peuvent s'appliquer.

Enfin, certains industriels se concentrent sur un rôle d'intégrateur en intégrant des équipements provenant des fournisseurs les plus spécialisés. Ils prennent alors en charge les risques technologiques et financiers liés au développement de leur produit, qui sera intégré dans un ensemble plus large par le maître d'œuvre. Ce sont parfois des filiales de maîtres d'œuvre intégrés verticalement. La prise en compte de ces risques leur impose de s'assurer de la pérennité de leurs fournisseurs.

Par ailleurs, si certains secteurs, comme celui de l'armement terrestre, sont restés très dépendants du secteur militaire, d'autres, fortement duaux, ont vu augmenter leur part d'activité civile. En effet, en tirant le meilleur parti du socle technologique qu'ils avaient développé en répondant aux commandes de l'État, et par une politique volontariste d'autofinancement en recherche et développement, certains acteurs industriels sont parvenus à se hisser ou se développer sur des marchés civils. Historiquement, certaines dépenses dans l'aéronautique militaire sont à l'origine de nombreuses applications⁵⁰. Réciproquement, le développement rapide de certaines technologies civiles (ex. technologies de l'information et des communications) a bénéficié à la défense et on peut parler de fertilisations croisées entre les deux secteurs. Ce constat fait au sein des États ayant développés une base industrielle et technologique de défense (BITD) devrait s'accroître avec l'accroissement de la demande dans le secteur de la sécurité.

En Europe, la part civile représente désormais environ 70 % de la production du secteur aéronautique et spatial. On notera que la part d'activité civile devient en général dominante lorsque l'on descend dans la chaîne de sous-traitance : les PME, qui interviennent le plus souvent en sous-traitance, ont très majoritairement des activités diversifiées, même si elles sont aussi détentrices de certaines compétences industrielles essentielles voire stratégiques pour le secteur de la défense.

- *Un secteur industriel significatif en France*

Du fait du caractère de plus en plus transnational de l'actionnariat et de l'implantation des entreprises liées à la défense, il importe de définir l'industrie française de défense comme l'ensemble des activités industrielles géographiquement localisées en France au sein de groupes qui peuvent être transnationaux ou disposant de capitaux internationaux. Celles-ci

⁵⁰ Dans les domaines de l'avionique, des commandes de vol électriques, de l'informatique et la communication, de la simulation, de la modélisation et de la fabrication assistées par ordinateur, des matériaux innovants, etc.

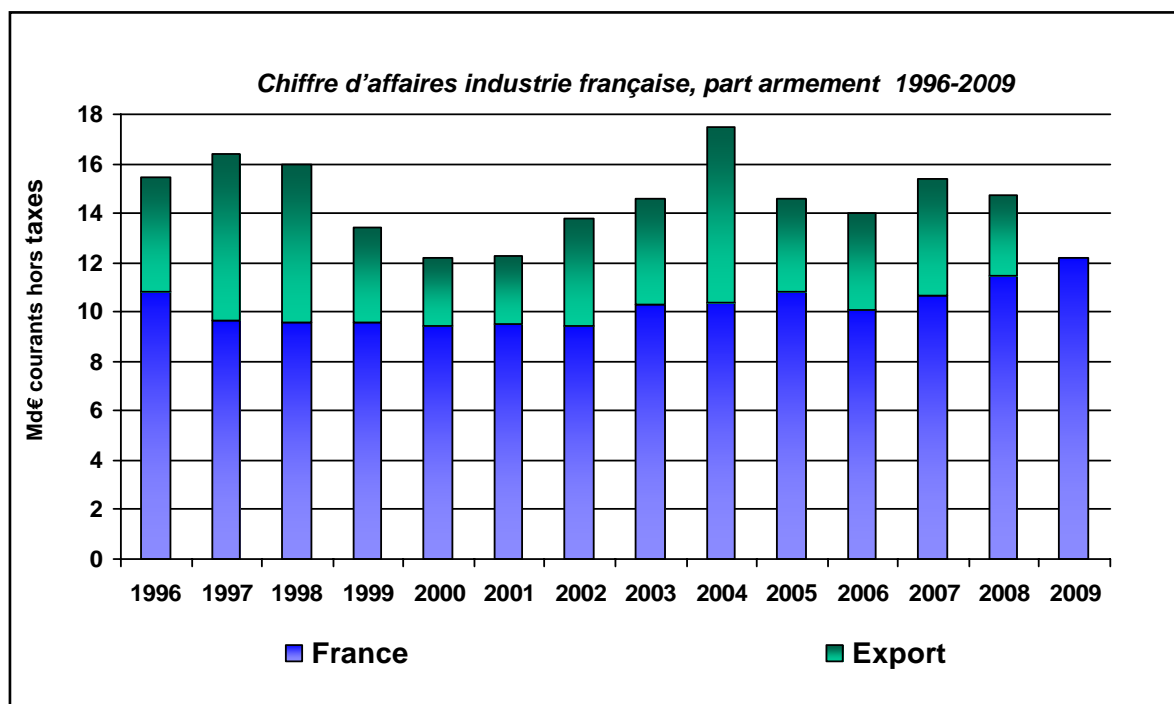
contribuent donc directement à l'emploi et aux compétences de ce secteur d'activité sur le territoire national.

Le poids économique de l'industrie de défense en France est important, par la diversité du tissu industriel concerné, par les emplois générés et par la valeur de l'activité notamment en matière de recherche et d'innovation dans les hautes technologies.

À partir de la fin des années 1950, la France a mis en œuvre une politique industrielle de défense orientée vers la recherche de l'autonomie stratégique et technologique, structurée autour de grands projets exploitant les technologies de rupture (nucléaire, aéronautique, missiles).

Grâce à ses investissements, la France possède aujourd'hui une industrie importante et performante, au deuxième rang en Europe, juste derrière le Royaume-Uni. Elle représente 165 000 emplois directs, autant d'emplois indirects et un chiffre d'affaires de l'ordre de 15 milliards d'euros, dont le tiers environ est réalisé à l'exportation, la France se plaçant au quatrième rang mondial des exportateurs. L'industrie de défense regroupe une très grande variété d'acteurs de tailles différentes, depuis le maître d'œuvre global aux PME détentrices de savoir-faire spécifiques. Ainsi de l'ordre de 4000 PME participent à l'effort de défense. Ces dernières sont un gage de réactivité et de compétitivité ; elles sont aussi, par leur capacité d'innovation, indispensables au maintien et au développement de l'excellence technologique des systèmes d'armes.

L'industrie aéronautique en France, très liée à l'industrie de défense, a un chiffre d'affaires d'environ 25 milliards d'euros dont 20 milliards d'euros à l'exportation (chiffre d'affaires export 2009 non encore consolidé à ce jour).



La recherche et le développement intégrant les démonstrateurs technologiques représentent 10 à 20 % du chiffre d'affaires des dix plus grands groupes de défense présents en France, qui

emploient dans leurs bureaux d'études de l'ordre de 20 000 personnes. La recherche favorise l'innovation technologique et joue un rôle moteur pour un grand nombre de technologies majeures, dont beaucoup ont des applications à double usage (civil / militaire).

- *L'industrie européenne*

L'industrie de défense européenne possède plusieurs atouts : elle est présente dans tous les secteurs industriels de l'armement (terrestre, naval, aéronautique, missile, espace, électronique), et presque sur tous les types de produits. Ces derniers sont en général de bon niveau technologique au plan mondial : adaptés aux besoins des forces, ils figurent également parmi les offres de tout premier plan sur le marché de l'exportation. Ils sont aussi d'un rapport performance coût compétitif.

L'industrie de défense existe, à de rares exceptions, dans tous les pays européens, même si l'intensité de l'activité d'armement est très inégale. Elle est plus forte dans les 6 pays de la Letter of Intent (LoI signée par la France, le Royaume-Uni, l'Allemagne, l'Italie, la Suède et l'Espagne) en raison des investissements qu'ils ont consentis dans le passé pour le développement de leurs systèmes d'armes.

L'industrie européenne aérospatiale et de défense a évolué et s'est lancée depuis quelques années dans un processus de consolidation. Ce mouvement est relativement avancé dans les secteurs de l'aéronautique et de l'espace et peu engagé dans les secteurs naval et terrestre. L'aviation commerciale et de transport militaire est ainsi consolidée autour d'EADS, tandis que les secteurs tels que les avions de combat et la propulsion restent dispersés. La consolidation du secteur des missiles tactiques s'est opérée autour du groupe MBDA, tandis que dans le secteur des hélicoptères, deux acteurs européens coexistent, Eurocopter et Agusta-Westland. Dans le secteur spatial, la consolidation des lanceurs spatiaux est bien engagée autour d'EADS et d'Arianespace, tout comme celle des activités "satellites" autour de deux acteurs transnationaux dominants, EADS Astrium (France, Royaume-Uni, Allemagne) et Thales Alenia Space (France, Italie).

Dans le secteur de l'électronique, Thales et également Finmeccanica ont poursuivi leur croissance à l'international. Le rapprochement en 2004 de Snecma et de Sagem a fait émerger un nouveau groupe Safran de taille mondiale dans les équipements aéronautiques, électroniques et de défense.

Pour le secteur naval, le panorama est encore très dispersé en Europe malgré la création de DCNS, rapprochement de DCN et Thales, et la fusion entre Thyssen Krupp et HDW en Allemagne.

Dans le domaine terrestre, on observe depuis quelques années deux grands mouvements de consolidation : d'une part, l'américain General Dynamics (GD) a racheté entre 2001 et 2003 plusieurs sociétés européennes de rang moyen : l'ensemble GD Europe comprend différentes filiales, dont Santa Barbara en Espagne, Steyr en Autriche, et Mowag en Suisse. D'autre part, BAE Systems a racheté l'ensemble du groupe Alvis en 2004 puis l'Américain United Defence en 2005, devenant ainsi un acteur majeur du domaine terrestre en Europe et aux États-Unis.

Certaines de ces consolidations ont donné naissance en Europe à des acteurs de premier plan qui ont une présence multisectorielle, une maîtrise de technologies duales (civiles et militaires), la capacité de développer et de réaliser de grands systèmes de défense avec l'aptitude d'assumer le risque et le caractère complexe de telles opérations. Les pays européens sont les seuls à disposer, avec les États-Unis, d'une industrie de défense d'envergure mondiale. Quatre grands groupes européens figurent parmi les quinze premiers groupes mondiaux de défense en termes de chiffre d'affaires défense : BAE Systems, EADS, Finmeccanica et Thales. Les onze autres sont américains.

- *Une industrie européenne encore fragmentée*

Les rapprochements industriels dans les secteurs de l'aéronautique et l'électronique de défense n'ont pas aboli les organisations internes qui répondent à des logiques de marché national. Ces dernières sont fondées sur la volonté des États de conserver sur leur territoire des capacités de recherche et développement, de production et de maintenance jugées stratégiques, ce qui conduit à maintenir des capacités industrielles éventuellement dupliquées au sein d'un même groupe industriel. Ceci contraint la capacité des groupes transnationaux à dégager des synergies industrielles normalement envisageables comme ils auraient pu le faire dans un marché ouvert.

La plupart des autres secteurs industriels sont restés en marge de ces mouvements de concentration transnationaux. Pour l'aviation de combat, cinq entreprises significatives se partagent trois programmes concurrents. Dans le domaine des télécommunications spatiales militaires, la France, le Royaume-Uni, l'Allemagne, l'Italie et l'Espagne sont aujourd'hui engagés dans cinq programmes nationaux différents. L'industrie navale européenne a commencé à se restructurer progressivement. Mais, avec six grands maîtres d'œuvre qui gèrent plus de vingt chantiers navals importants, elle soutient difficilement la comparaison avec les États-Unis, où les restructurations des années 1990 ont conduit à la rationaliser autour de deux maîtres d'œuvre majeurs et de six chantiers. Dans le secteur de l'armement terrestre, aux côtés de groupes transatlantiques, subsistent toujours quelques acteurs globaux nationaux (Allemagne, France) et une multitude d'acteurs locaux ou de « niches ». Une dizaine d'entreprises en Europe peuvent ainsi prétendre détenir les compétences nécessaires à la maîtrise d'œuvre de véhicules blindés. Dans tous ces secteurs, les différents maîtres d'œuvre captent l'essentiel de leur marché domestique et se livrent à une concurrence vive à l'exportation.

La fragmentation de l'industrie européenne de défense est encore plus marquée pour ce qui concerne les chaînes de sous-traitance qui demeurent nationales voire locales. La tendance des États à contractualiser des marchés d'ensemble aux grands maîtres d'œuvre restreint le développement des PME européennes qui sont en nombre limité par rapport à la situation que l'on peut observer aux États-Unis. De plus, les démarches administratives pour les marchés de défense sont complexes et pénalisent plus les PME aux structures et au dimensionnement moins bien adaptés que les grands groupes qui ont les moyens d'entretenir des services spécialisés à la préparation de tels contrats.

ANNEXE 2

TABLEAUX DE CONCORDANCE DE TRANSPOSITION DE LA DIRECTIVE 2009/81/CE – dispositions législatives

Tableau 1 : tableau de concordance de transposition de la directive 2009/81/CE - articles de la directive dont la transposition nécessite de prendre des dispositions législatives et dispositions législatives associées

DIRECTIVE 2009/81 DU 13 JUILLET 2009 DEFENSE ET SECURITE	DROIT INTERNE EN VIGUEUR	NOUVELLES NORMES A ADOPTER EN VUE DE LA TRANSPOSITION	OBSERVATIONS
<p>Article 1er</p> <p>(...)</p> <p>2) « marchés » : contrats à titre onéreux conclus par écrit, visés à l'article 1er, paragraphe 2, point a) de la directive 2004/17/CE et à l'article 1er, paragraphe 2, point a) de la directive 2004/18/CE.</p> <p>(...)</p> <p>Article 1er de la directive 2004/17/CE</p> <p>2. a) Les «marchés de fournitures, de travaux et de services» sont des contrats à titre onéreux conclus par écrit entre une ou plusieurs entités adjudicatrices visées à</p>	<p>Article 3 de l'ordonnance n° 2005-649</p> <p>I. - Les pouvoirs adjudicateurs soumis à la présente ordonnance sont :</p> <p>1° Les organismes de droit privé ou les organismes de droit public autres que ceux soumis au code des marchés publics dotés de la personnalité juridique et qui ont été créés pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial, dont :</p> <p>a) Soit l'activité est financée majoritairement par un pouvoir</p>	<p>L'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés publics ou privées non soumises au code des marchés publics est modifiée ainsi qu'il suit:</p> <p>(...)</p> <p>3° A l'article 4 :</p> <p>a) le premier alinéa est précédé d'un « I » ;</p> <p>b) il est ajouté les dispositions suivantes :</p> <p>« II - Les dispositions de la présente ordonnance ne font pas obstacle à la possibilité pour les</p>	<p>Le champ organique de la directive s'étend aux pouvoirs adjudicateurs et aux entités adjudicatrices respectivement dans les directives 2004/18/CE et 2004/17/CE.</p> <p>En France, il s'agit, d'une part, des personnes soumises au code des marchés publics – Etat, établissements publics de l'Etat, administratifs de l'Etat, collectivités territoriales et leurs établissements publics – d'autre part, des personnes soumises à l'ordonnance n°2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés</p>

DIRECTIVE 2009/81 DU 13 JUILLET 2009 DEFENSE ET SECURITE	DROIT INTERNE EN VIGUEUR	NOUVELLES NORMES A ADOPTER EN VUE DE LA TRANSPOSITION	OBSERVATIONS
<p>L'article 2, paragraphe 2, et un ou plusieurs entrepreneurs, fournisseurs ou prestataires de services;</p> <p>Articler 1er de la directive 2004/18/CE</p> <p>2. a) Les «marchés publics» sont des contrats à titre onéreux conclus par écrit entre un ou plusieurs opérateurs économiques et un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs et ayant pour objet l'exécution de travaux, la fourniture de produits ou la prestation de services au sens de la présente directive.</p>	<p>adjudicateur soumis au code des marchés publics ou à la présente ordonnance ;</p> <p>b) Soit la gestion est soumise à un contrôle par un pouvoir adjudicateur soumis au code des marchés publics ou à la présente ordonnance ;</p> <p>c) Soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par un pouvoir adjudicateur soumis au code des marchés publics ou à la présente ordonnance ;</p> <p>(...)</p> <p>II. - Les dispositions de la présente ordonnance ne font pas obstacle à la possibilité pour les pouvoirs adjudicateurs d'appliquer volontairement les règles prévues par le code des marchés publics.</p> <p>Article 4 de l'ordonnance n° 2005-649</p>	<p>entités adjudicatrices d'appliquer volontairement les règles de passation ou d'exécution prévues par le code des marchés publics. »</p>	<p>publics – Banque de France, Caisse des dépôts et consignations, établissements publics de l'Etat à caractère industriel et commercial, certaines sociétés nationales etc.</p> <p>Dans le code des marchés publics, les PA et les EA sont définis aux articles 2 et 134. Dans l'ordonnance de 2005, les PA et les EA sont définis aux articles 3 et 4.</p> <p>Les marchés de défense ou de sécurité sont passés d'abord et avant tout par les personnes soumises au code des marchés publics, au premier rang desquelles l'Etat. Il n'apparaît donc pas indispensable de soumettre les personnes relevant de l'ordonnance du 6 juin 2005 aux nouvelles procédures de la directive.</p> <p>Toutefois, ces personnes doivent pouvoir, si elles en éprouvent le besoin, faire usage des nouvelles</p>

DIRECTIVE 2009/81 DU 13 JUILLET 2009 DEFENSE ET SECURITE	DROIT INTERNE EN VIGUEUR	NOUVELLES NORMES A ADOPTER EN VUE DE LA TRANSPOSITION	OBSERVATIONS
	<p>Les entités adjudicatrices soumises à la présente ordonnance sont :</p> <p>1° Les pouvoirs adjudicateurs définis à l'article 3 qui exercent une des activités d'opérateur de réseaux énumérées à l'article 26 ;</p> <p>2° Les entreprises publiques qui exercent une des activités d'opérateur de réseaux énumérées à l'article 26.</p> <p>(...)</p> <p>3° Les organismes de droit privé bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs ayant pour effet de leur réserver l'exercice d'une ou de plusieurs des activités énumérées à l'article 26 et d'affecter substantiellement la capacité des autres opérateurs économiques d'exercer ces activités. (...)</p>		<p>procédures issues de la transposition de la directive 2009/81/CE. C'est pourquoi il est précisé que les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices de l'ordonnance ont la possibilité de se soumettre aux dispositions du code des marchés publics, notamment celles propres aux marchés de défense ou de sécurité.</p>

DIRECTIVE 2009/81 DU 13 JUILLET 2009 DEFENSE ET SECURITE	DROIT INTERNE EN VIGUEUR	NOUVELLES NORMES A ADOPTER EN VUE DE LA TRANSPOSITION	OBSERVATIONS
<p>Article 2 - Champ d'application</p> <p>Sous réserve des articles 30, 45, 46, 55 et 296 du traité, la présente directive s'applique aux marchés passés dans les domaines de la défense et de la sécurité ayant pour objet :</p> <p>a) la fourniture d'équipements militaires, y compris de leurs pièces détachées, composants, et/ou sous-assemblages ;</p> <p>b) la fourniture d'équipements sensibles, y compris de leurs pièces détachées, composants, et/ou sous-assemblages ;</p> <p>c) des travaux, fournitures et services directement liés à un équipement visé aux points a) et b) pour tout ou partie de son cycle de vie ;</p> <p>d) des travaux et services destinés à des fins spécifiquement militaires ou des travaux et</p>	<p>Néant</p>	<p>L'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics est modifiée ainsi qu'il suit:</p> <p>1° A l'article 2 :</p> <p>a) Le premier alinéa est précédé d'un « I » ;</p> <p>b) Il est ajouté les dispositions suivantes :</p> <p>« II. – Les marchés et accords-cadres de défense ou de sécurité sont les marchés et accords-cadres ayant pour objet :</p> <p>« a) la fourniture d'équipements, y compris leurs pièces détachées, composants ou sous-assemblages, qui sont destinés à être utilisés comme armes, munitions ou matériel de guerre, qu'ils aient été spécifiquement conçus à des fins militaires, ou qu'ils aient été</p>	<p>L'état du droit actuel ne distingue pas les marchés de défense ou de sécurité des marchés ordinaires. Tous les marchés, quelle que soit leur objet, répondent, lorsqu'ils sont passés par les PA et les EA autres que ceux soumis au code des marchés publics, à l'ordonnance du 6 juin 2005.</p> <p>Il est nécessaire d'introduire, à un niveau législatif, la définition de ces marchés de défense ou de sécurité. Cette définition est destinée à servir de référence à toute disposition de rang législatif visant ces marchés. Une définition identique sera introduite, au niveau réglementaire, dans le code des marchés publics.</p> <p>Cette définition est l'objet du nouveau II de l'article 2 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005. Sa rédaction résulte de la combinaison des articles 2, relatif au champ d'application matériel, et 1er, relatif aux</p>

DIRECTIVE 2009/81 DU 13 JUILLET 2009 DEFENSE ET SECURITE	DROIT INTERNE EN VIGUEUR	NOUVELLES NORMES A ADOPTER EN VUE DE LA TRANSPOSITION	OBSERVATIONS
<p>services sensibles.</p> <p>Article premier - définitions :</p> <p>(...)</p> <p>6) « équipement militaire": un équipement spécifiquement conçu ou adapté à des fins militaires, destiné à être utilisé comme arme, munition ou matériel de guerre;</p> <p>7) « équipements sensibles", "travaux sensibles" et "services sensibles": des équipements, travaux et services destinés à des fins de sécurité qui font intervenir, nécessitent et/ou comportent des informations classifiées ;</p> <p>8) "informations classifiées": toute information ou tout matériel, quel qu'en soit la forme, la nature ou le mode de transmission, auquel un certain niveau de classification de sécurité ou un niveau de protection a été attribué</p>		<p>initialement conçus pour une utilisation civile puis adaptés à des fins militaires ;</p> <p>« b) la fourniture d'équipements destinés à la sécurité, y compris leurs pièces détachées, composants ou sous-assemblages, et qui font intervenir, nécessitent ou comportent des supports ou informations protégés ou classifiés dans l'intérêt de la sécurité nationale ;</p> <p>« c) des travaux, fournitures et services directement liés à un équipement visé au a) ou b), y compris la fourniture d'outillages, de moyens d'essais ou de soutien spécifique, pour tout ou partie du cycle de vie de l'équipement ; le cycle de vie de l'équipement est l'ensemble des états successifs qu'il peut connaître, notamment la recherche et développement, le développement industriel, la production, la réparation, la modernisation, la modification, l'entretien, la logistique, la</p>	<p>définitions, de la directive 2009/81/CE. C'est un choix délibéré que d'introduire directement les définitions dans le corps du texte.</p> <p>Il est à noter que, par elle-même, l'introduction de cette définition ne modifie pas l'état du droit. Auparavant les marchés soumis à la directive ne faisaient pas l'objet d'une ventilation entre marchés « ordinaires » et marchés de défense ou de sécurité. C'est désormais le cas.</p> <p>Quelques précisions s'imposent sur certaines définitions.</p> <p>Les informations classifiées dans l'intérêt de la sécurité nationale sont, en droit français, les informations, produits, etc., qui relèvent du secret de la défense nationale. Elles font l'objet d'une classification précisée aux articles R.2311-2 et suivants du code de la défense.</p>

DIRECTIVE 2009/81 DU 13 JUILLET 2009 DEFENSE ET SECURITE	DROIT INTERNE EN VIGUEUR	NOUVELLES NORMES A ADOPTER EN VUE DE LA TRANSPOSITION	OBSERVATIONS
<p>et qui, dans l'intérêt de la sécurité nationale et conformément aux dispositions législatives, réglementaires ou administratives en vigueur dans l'État membre considéré, requiert une protection contre tout détournement, toute destruction, suppression, divulgation, perte ou tout accès par des personnes non autorisées, ou tout autre type de compromission ;</p> <p>(...)</p> <p>26) "cycle de vie": l'ensemble des états successifs que peut connaître un produit, c'est-à-dire la recherche et développement, le développement industriel, la production, la réparation, la modernisation, la modification, l'entretien, la logistique, la formation, les essais, le retrait et l'élimination</p>		<p>formation, les essais, le retrait, le démantèlement et l'élimination ;</p> <p>« d) des travaux et services ayant des fins spécifiquement militaires, ou des travaux et services destinés à la sécurité et qui font intervenir, nécessitent ou comportent des supports ou informations protégés ou classifiés dans l'intérêt de la sécurité nationale ;</p> <p>(...)</p>	<p>L'article 413-9 du code pénal dispose que : « Présentent un caractère de secret de la défense nationale au sens de la présente section les procédés, objets, documents, informations, réseaux informatisés, données informatisées ou fichiers intéressant la défense nationale qui ont fait l'objet de mesures de classification destinées à restreindre leur diffusion ou leur accès. Peuvent faire l'objet de telles mesures les procédés, objets, documents, informations, réseaux informatiques, données informatisées ou fichiers dont la divulgation ou auxquels l'accès est de nature à nuire à la défense nationale ou pourrait conduire à la découverte d'un secret de la défense nationale (...) »</p> <p>Il faut entendre par informations « protégées dans l'intérêt de la sécurité nationale », celles qui ont reçu un marquage « diffusion restreinte » pour des raisons de</p>

DIRECTIVE 2009/81 DU 13 JUILLET 2009 DEFENSE ET SECURITE	DROIT INTERNE EN VIGUEUR	NOUVELLES NORMES A ADOPTER EN VUE DE LA TRANSPOSITION	OBSERVATIONS
			<p>sécurité.</p> <p>L'annexe 3 de l'instruction générale interministérielle sur la protection du secret de la défense nationale, annexé à l'arrêté du 23 juillet 2010 (NOR: PRMD1019225A) définit la diffusion restreinte et les cas dans lesquels il doit y être recouru. Cette instruction suffira à considérer que le niveau de protection a été attribué, « conformément aux dispositions législatives, réglementaires ou administratives en vigueur dans l'État membre considéré ».</p>
<p>Article 3 - Marchés mixtes</p> <p>1. Un marché ayant pour objet des travaux, fournitures ou services entrant dans le champ d'application de la présente directive et en partie dans le champ d'application de la directive 2004/17/CE ou de la</p>	<p>Néant</p>	<p>L'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés publics ou privées non soumises au code des marchés publics est modifiée ainsi qu'il suit:</p>	<p>L'article 3 de la directive 2009/81/CE dispose que les marchés mixtes, comportant un objet à la fois « ordinaire » et « de défense ou de sécurité », relève entièrement de son champ d'application (sauf lorsqu'il est possible de passer deux marchés</p>

DIRECTIVE 2009/81 DU 13 JUILLET 2009 DEFENSE ET SECURITE	DROIT INTERNE EN VIGUEUR	NOUVELLES NORMES A ADOPTER EN VUE DE LA TRANSPOSITION	OBSERVATIONS
<p>directive 2004/18/CE est passé conformément à la présente directive, sous réserve que la passation d'un marché unique soit justifiée par des raisons objectives.</p> <p>(...)</p>		<p>1° A l'article 2 :</p> <p>(...)</p> <p>e) des travaux, fournitures ou services mentionnés aux a) à d), et des travaux, fournitures ou services qui n'y sont pas mentionnés, lorsque la passation d'un marché unique est justifiée pour des raisons objectives.</p>	<p>séparés).</p> <p>Cela revient à assimiler ces marchés mixtes à des marchés de défense ou de sécurité.</p> <p>Par conséquent, le e) du II rattache aux marchés de défense ou de sécurité les marchés mixtes de défense-sécurité/civil.</p>
<p>Article 3 - Marchés mixtes</p> <p>(...)</p> <p>2. Un marché ayant pour objets des travaux, fournitures ou services entrant pour partie dans le champ d'application de la présente directive et, pour l'autre partie, ne relevant ni de la présente directive, ni de la directive 2004/17/CE, ni de la directive 2004/18/CE, ne relève pas de l'application de la présente directive, sous réserve que l'attribution d'un marché unique soit justifiée par des</p>	<p>Néant</p>	<p>L'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics est modifiée ainsi qu'il suit:</p> <p>(...)</p> <p>4° L'article 7 est remplacé par les dispositions suivantes :</p> <p>(...)</p>	<p>Cet article prévoit l'exclusion du champ d'application de la directive des marchés uniques, dont une partie relève du champ d'application de la directive 2009/81 et l'autre partie ne relève ni directive 2009/81, ni de la directive 2004/18 ni de la directive 2004/17.</p> <p>S'agissant d'une exclusion, cette disposition est insérée à l'article 7 de l'ordonnance de 2005.</p>

DIRECTIVE 2009/81 DU 13 JUILLET 2009 DEFENSE ET SECURITE	DROIT INTERNE EN VIGUEUR	NOUVELLES NORMES A ADOPTER EN VUE DE LA TRANSPOSITION	OBSERVATIONS
<p>raisons objectives.</p> <p>3. Cependant, la décision de passer un marché unique ne peut être prise dans le but de soustraire des marchés à l'application de la présente directive, de la directive 2004/17/CE ou de la directive 2004/18/CE.</p>		<p>« III.- Les dispositions de la présente ordonnance ne sont pas applicables aux marchés de défense ou de sécurité qui présentent les caractéristiques suivantes :</p> <p>(...)</p> <p>« 8° Marchés ayant pour objet des travaux, fournitures ou services mentionnés au II de l'article 2, et des travaux, fournitures ou services n'entrant pas dans le champ de la présente ordonnance, lorsque la passation d'un marché global est justifiée pour des raisons objectives. »</p>	
<p>Article 12 - Marchés passés en vertu de règles internationales</p> <p>La présente directive ne s'applique pas aux marchés régis par :</p> <p>a) des règles de procédure spécifiques en application d'un accord ou d'un arrangement</p>	<p>Alinéa 7 de l'ordonnance du 6 juin 2005</p> <p>Les dispositions de la présente ordonnance ne sont pas applicables aux marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs définis à l'article 3 ou par les entités adjudicatrices définies à</p>	<p>L'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics est modifiée ainsi qu'il suit :</p> <p>(...)</p>	<p>En l'état actuel du droit, qui découle des directives 2004/18/CE et 2004/17/CE, les acheteurs publics sont dispensés du respect de l'ordonnance du 6 juin 2005 lorsque leur marché est passé selon des règles de passation particulières et en vertu d'un accord international en vue</p>

DIRECTIVE 2009/81 DU 13 JUILLET 2009 DEFENSE ET SECURITE	DROIT INTERNE EN VIGUEUR	NOUVELLES NORMES A ADOPTER EN VUE DE LA TRANSPOSITION	OBSERVATIONS
international, conclus entre un ou plusieurs États membres et un ou plusieurs pays tiers ; (...)	l'article 4 qui présentent les caractéristiques suivantes : (...) 8° Marchés passés selon des règles de passation particulières et en vertu d'un accord international en vue de la réalisation ou de l'exploitation en commun d'un projet ou d'un ouvrage;	4° A l'article 7 : (...) I.- Les dispositions de la présente ordonnance ne sont pas applicables aux marchés, quel que soit leur objet, qui présentent les caractéristiques suivantes : (...) « 4° Marchés passés selon des règles de passation particulières prévues par un accord international, y compris un arrangement administratif, relatif au stationnement de troupes ou conclu entre au moins un Etat membre de l'Union européenne et au moins un Etat tiers ;	de la réalisation ou de l'exploitation en commun d'un projet ou d'un ouvrage. La condition finaliste tenant à ce que l'objectif doit être la réalisation ou l'exploitation en commun d'un projet ou d'un ouvrage est supprimée. De plus, un ajustement de rédaction est effectué. Il s'agit de préciser que la convention internationale qui prévoit les règles de passation peut être soit un accord international, soit un arrangement international.
Article 12 La présente directive ne s'applique pas aux marchés régis par :	Alinéa 7 de l'ordonnance du 6 juin 2005 Les dispositions de la présente ordonnance ne sont pas applicables aux marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs	L'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics est modifiée ainsi qu'il	Cette modification est essentiellement un ajustement de rédaction. Il s'agit de préciser que la convention internationale qui prévoit les règles de passation peut être soit un accord international, soit un arrangement

DIRECTIVE 2009/81 DU 13 JUILLET 2009 DEFENSE ET SECURITE	DROIT INTERNE EN VIGUEUR	NOUVELLES NORMES A ADOPTER EN VUE DE LA TRANSPOSITION	OBSERVATIONS
<p>(...)</p> <p>b) des règles de procédures spécifiques en application d'un accord ou d'un engagement international conclus relatifs au stationnement de troupes et concernant les entreprises d'un État membre ou d'un pays tiers ;</p> <p>(...)</p>	<p>définis à l'article 3 ou par les entités adjudicatrices définies à l'article 4 qui présentent les caractéristiques suivantes :</p> <p>(...)</p> <p>7° Marchés passés selon des règles de passation particulières et en vertu d'un accord international relatif au stationnement de troupes;</p>	<p>suit:</p> <p>(...)</p> <p>4° A l'article 7 :</p> <p>(...)</p> <p>I.- Les dispositions de la présente ordonnance ne sont pas applicables aux marchés, quel que soit leur objet, qui présentent les caractéristiques suivantes :</p> <p>(...)</p> <p>« 4° Marchés passés selon des règles de passation particulières prévues par un accord international, y compris un arrangement administratif, relatif au stationnement de troupes ou conclu entre au moins un Etat membre de l'Union européenne et au moins un Etat tiers ;</p>	<p>international.</p>
<p>Article 12</p> <p>La présente directive ne</p>	<p>Alinéa 7 de l'ordonnance du 6 juin 2005</p>	<p>L'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes</p>	<p>Cette modification est essentiellement un ajustement de rédaction. Il s'agit de préciser que</p>

DIRECTIVE 2009/81 DU 13 JUILLET 2009 DEFENSE ET SECURITE	DROIT INTERNE EN VIGUEUR	NOUVELLES NORMES A ADOPTER EN VUE DE LA TRANSPOSITION	OBSERVATIONS
<p>s'applique pas aux marchés régis par :</p> <p>(...)</p> <p>c) Les règles de procédures spécifiques d'une organisation internationale achetant pour l'accomplissement de ses missions, ou aux marchés qui doivent être attribués par un État membre conformément auxdites règles.</p>	<p>Les dispositions de la présente ordonnance ne sont pas applicables aux marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs définis à l'article 3 ou par les entités adjudicatrices définies à l'article 4 qui présentent les caractéristiques suivantes :</p> <p>(...)</p> <p>6° Marchés passés en vertu de la procédure propre à une organisation internationale;</p>	<p>publiques ou privées non soumises au code des marchés publics est modifiée ainsi qu'il suit:</p> <p>(...)</p> <p>4° A l'article 7 :</p> <p>(...)</p> <p>I.- Les dispositions de la présente ordonnance ne sont pas applicables aux marchés, quel que soit leur objet, qui présentent les caractéristiques suivantes :</p> <p>(...)</p> <p>« 3° Marchés passés au bénéfice d'un pouvoir adjudicateur ou d'une entité adjudicatrice en vertu de la procédure propre à une organisation internationale et dans le cadre des missions de celle-ci ;</p>	<p>l'exclusion vaut y compris dans le cas ou une organisation internationale agit en tant que mandataire d'un acheteur public.</p>

DIRECTIVE 2009/81 DU 13 JUILLET 2009 DEFENSE ET SECURITE	DROIT INTERNE EN VIGUEUR	NOUVELLES NORMES A ADOPTER EN VUE DE LA TRANSPOSITION	OBSERVATIONS
<p>Article 13</p> <p>La présente directive ne s'applique pas aux cas suivants :</p> <p>a) marchés pour lesquels l'application des règles de la présente directive obligerait un Etat membre à fournir des informations dont il estimerait la divulgation contraire aux intérêts essentiels de sa sécurité ;</p>		<p>L'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics est modifiée ainsi qu'il suit:</p> <p>(...)</p> <p>4° A l'article 7 :</p> <p>(...)</p> <p>« III.- Les dispositions de la présente ordonnance ne sont pas applicables aux marchés de défense ou de sécurité qui présentent les caractéristiques suivantes :</p> <p>(...)</p> <p>4° Marchés pour lesquels l'application de la présente ordonnance ou du code des marchés publics obligerait à une divulgation d'informations contraire aux intérêts essentiels de</p>	

DIRECTIVE 2009/81 DU 13 JUILLET 2009 DEFENSE ET SECURITE	DROIT INTERNE EN VIGUEUR	NOUVELLES NORMES A ADOPTER EN VUE DE LA TRANSPOSITION	OBSERVATIONS
		sécurité de l'Etat ;	
Article 13 (...) b) marchés destinés aux activités de renseignement.		L'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics est modifiée ainsi qu'il suit: (...) 4° L'article 7 est remplacé par les dispositions suivantes : (...) « III.- Les dispositions de la présente ordonnance ne sont pas applicables aux marchés de défense ou de sécurité qui présentent les caractéristiques	La rédaction retenue reprend précisément la rédaction de l'article 13.d) de la directive.

DIRECTIVE 2009/81 DU 13 JUILLET 2009 DEFENSE ET SECURITE	DROIT INTERNE EN VIGUEUR	NOUVELLES NORMES A ADOPTER EN VUE DE LA TRANSPOSITION	OBSERVATIONS
<p>Article 13</p> <p>(...)</p> <p>c) marchés passés dans le cadre d'un programme de coopération fondé sur des activités de recherche et développement, mené conjointement par au moins deux Etats membres en vue du développement d'un nouveau produit et, le cas échéant, aux phases ultérieures de tout ou partie du cycle de vie de ce produit. Lors de la conclusion d'un tel programme de coopération entre des Etats membres uniquement, ces derniers notifient à la Commission</p>		<p>suivantes :</p> <p>(...)</p> <p>« 5° Marchés spécifiquement destinés aux activités de renseignement ;</p>	
<p>Article 13</p> <p>(...)</p> <p>c) marchés passés dans le cadre d'un programme de coopération fondé sur des activités de recherche et développement, mené conjointement par au moins deux Etats membres en vue du développement d'un nouveau produit et, le cas échéant, aux phases ultérieures de tout ou partie du cycle de vie de ce produit. Lors de la conclusion d'un tel programme de coopération entre des Etats membres uniquement, ces derniers notifient à la Commission</p>		<p>L'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics est modifiée ainsi qu'il suit:</p> <p>(...)</p> <p>4° L'article 7 est remplacé par les dispositions suivantes :</p> <p>(...)</p> <p>« III.- Les dispositions de la présente ordonnance ne sont pas applicables aux marchés de défense ou de sécurité qui</p>	

DIRECTIVE 2009/81 DU 13 JUILLET 2009 DEFENSE ET SECURITE	DROIT INTERNE EN VIGUEUR	NOUVELLES NORMES A ADOPTER EN VUE DE LA TRANSPOSITION	OBSERVATIONS
<p>la part des dépenses de recherche et développement par rapport au coût global du programme, l'accord relatif au partage des coûts ainsi que la part envisagée d'achat pour chaque Etat membre, le cas échéant ;</p>		<p>présentent les caractéristiques suivantes :</p> <p>(...)</p> <p>« 6° Marchés passés dans le cadre d'un programme de coopération fondé sur des activités de recherche et développement mené conjointement par l'Etat et un autre Etat membre de l'Union européenne en vue du développement d'un nouveau produit et, le cas échéant, de tout ou partie des phases ultérieures du cycle de vie de ce produit tel que défini au 3° du II de l'article 2 ; lorsque seuls participent au programme des personnes relevant d'Etats membres, l'Etat notifie à la Commission européenne, au moment de la conclusion de l'accord ou de l'arrangement de coopération, la part des dépenses de recherche et développement par rapport au coût global du programme,</p>	

DIRECTIVE 2009/81 DU 13 JUILLET 2009 DEFENSE ET SECURITE	DROIT INTERNE EN VIGUEUR	NOUVELLES NORMES A ADOPTER EN VUE DE LA TRANSPOSITION	OBSERVATIONS
<p>Article 13 (...) d) marchés passés dans un pays tiers, y compris pour des achats civils, réalisés lorsque des forces sont déployées hors du territoire de l'Union, lorsque les besoins opérationnels exigent qu'ils soient conclus avec des opérateurs économiques locaux implantés dans la zone des opérations ;</p>		<p>l'accord relatif au partage des coûts ainsi que, le cas échéant, la part envisagée d'achat pour chaque Etat membre telle que définie dans l'accord ou l'arrangement ;</p>	
<p>Article 13 (...) d) marchés passés dans un pays tiers, y compris pour des achats civils, réalisés lorsque des forces sont déployées hors du territoire de l'Union, lorsque les besoins opérationnels exigent qu'ils soient conclus avec des opérateurs économiques locaux implantés dans la zone des opérations ;</p>		<p>L'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics est modifiée ainsi qu'il suit: (...) 4° L'article 7 est remplacé par les dispositions suivantes :</p>	

DIRECTIVE 2009/81 DU 13 JUILLET 2009 DEFENSE ET SECURITE	DROIT INTERNE EN VIGUEUR	NOUVELLES NORMES A ADOPTER EN VUE DE LA TRANSPOSITION	OBSERVATIONS
		<p>(...)</p> <p>« III.- Les dispositions de la présente ordonnance ne sont pas applicables aux marchés de défense ou de sécurité qui présentent les caractéristiques suivantes :</p> <p>(...)</p> <p>7° Marchés passés dans un pays tiers lorsque des forces sont déployées hors du territoire de l'Union européenne, et que les besoins opérationnels exigent qu'ils soient conclus avec des opérateurs économiques locaux implantés dans la zone des opérations ;</p>	

DIRECTIVE 2009/81 DU 13 JUILLET 2009 DEFENSE ET SECURITE	DROIT INTERNE EN VIGUEUR	NOUVELLES NORMES A ADOPTER EN VUE DE LA TRANSPOSITION	OBSERVATIONS
<p>Article 13</p> <p>(...)</p> <p>e) marchés de services ayant pour objet l'acquisition ou la location, quelles qu'en soient les modalités financières, de terrains, de bâtiments existants ou d'autres biens immeubles ou qui concernent des droits sur ces biens;</p>	<p>Alinéa 7 de l'ordonnance du 6 juin 2005</p> <p>Les dispositions de la présente ordonnance ne sont pas applicables aux marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs définis à l'article 3 ou par les entités adjudicatrices définies à l'article 4 qui présentent les caractéristiques suivantes :</p> <p>(...)</p> <p>2° Marchés de services qui ont pour objet l'acquisition ou la location, quelles qu'en soient les modalités financières, de terrains, de bâtiments existants ou d'autres biens immeubles, ou qui concernent d'autres droits sur ces biens ; toutefois, les contrats de services financiers conclus en relation avec le contrat d'acquisition ou de location, sous quelque forme que ce soit, entrent dans le champ d'application de l'ordonnance ;</p>	<p>L'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics est modifiée ainsi qu'il suit:</p> <p>(...)</p> <p>4° L'article 7 est remplacé par les dispositions suivantes :</p> <p>(...)</p> <p>I.- Les dispositions de la présente ordonnance ne sont pas applicables aux marchés, quel que soit leur objet, qui présentent les caractéristiques suivantes :</p> <p>(...)</p> <p>« 2° Marchés de services qui ont pour objet l'acquisition ou la</p>	

DIRECTIVE 2009/81 DU 13 JUILLET 2009 DEFENSE ET SECURITE	DROIT INTERNE EN VIGUEUR	NOUVELLES NORMES A ADOPTER EN VUE DE LA TRANSPOSITION	OBSERVATIONS
<p>Article 13</p> <p>(...)</p> <p>f) marchés passés par un gouvernement à un autre gouvernement concernant :</p> <p>i) la fourniture d'équipements militaires ou d'équipements sensibles ;</p> <p>ii) des travaux et des services directement liés à de tels équipements ; ou</p> <p>iii) des travaux et des services destinés à des fins spécifiquement militaires ou des travaux et</p>	Néant	<p>location, quelles qu'en soient les modalités financières, de terrains, de bâtiments existants ou d'autres biens immeubles, ou qui concernent d'autres droits sur ces biens ;</p>	Cet article concerne exclusivement l'Etat qui ne relève pas du champ d'application de l'ordonnance.

DIRECTIVE 2009/81 DU 13 JUILLET 2009 DEFENSE ET SECURITE	DROIT INTERNE EN VIGUEUR	NOUVELLES NORMES A ADOPTER EN VUE DE LA TRANSPOSITION	OBSERVATIONS
services sensibles ;			
Article 13 (...) g) marchés concernant les services d'arbitrage et de conciliation.	Alinéa 7 de l'ordonnance du 6 juin 2005 Les dispositions de la présente ordonnance ne sont pas applicables aux marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs définis à l'article 3 ou par les entités adjudicatrices définies à l'article 4 qui présentent les caractéristiques suivantes : (...) 10 Marchés de services relatifs à l'arbitrage et à la conciliation.	4° L'article 7 est remplacé par les dispositions suivantes : (...) I.- Les dispositions de la présente ordonnance ne sont pas applicables aux marchés, quel que soit leur objet, qui présentent les caractéristiques suivantes : (...) « 5° Marchés de services relatifs à l'arbitrage et à la conciliation ;	

DIRECTIVE 2009/81 DU 13 JUILLET 2009 DEFENSE ET SECURITE	DROIT INTERNE EN VIGUEUR	NOUVELLES NORMES A ADOPTER EN VUE DE LA TRANSPOSITION	OBSERVATIONS
<p>Article 13 – Exclusions spécifiques</p> <p>La présente directive ne s'applique pas aux cas suivants :</p> <p>(...)</p> <p>h) marchés concernant des services financiers, à l'exception des services d'assurance ;</p>	<p>Article 7 de l'ordonnance du 6 juin 2005 :</p> <p>Les dispositions de la présente ordonnance ne sont pas applicables aux marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs définis à l'article 3 ou par les entités adjudicatrices définies à l'article 4 qui présentent les caractéristiques suivantes :</p> <p>(...)</p> <p>2° marchés de services qui ont pour objet l'acquisition ou la location, quelles qu'en soient les modalités financières, de terrains, de bâtiments existants ou d'autres</p>	<p>L'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics est modifiée ainsi qu'il suit :</p> <p>(...)</p> <p>4° L'article 7 est remplacé par les dispositions suivantes :</p> <p>(...)</p> <p>« III.- Les dispositions de la présente ordonnance ne sont pas</p>	<p>La directive 2009/81/CE exclut, par son article 13 h), tous les contrats relatifs à des services financiers, à la seule exception des services d'assurance.</p> <p>Or, dans l'état actuel du droit, qui découle des directives « marchés publics » 2004/17/CE et 2004/18/CE, si les services financiers sont exclus, c'est à l'exception de ceux qui sont conclus en relation avec un contrat d'acquisition ou de location de bien immobilier. L'exclusion actuelle est donc plus étroite.</p> <p>Il convient donc de prévoir une</p>

<p>DIRECTIVE 2009/81 DU 13 JUILLET 2009 DEFENSE ET SECURITE</p>	<p>DROIT INTERNE EN VIGUEUR</p>	<p>NOUVELLES NORMES A ADOPTER EN VUE DE LA TRANSPOSITION</p>	<p>OBSERVATIONS</p>
	<p>biens immeubles, ou qui concernent d'autres droits sur ces biens ; toutefois, les contrats de services financiers conclus en relation avec le contrat d'acquisition ou de location, sous quelque forme que ce soit, entrent dans le champ d'application de l'ordonnance ;</p> <p>3° marchés de services financiers relatifs à l'émission, à l'achat, à la vente et au transfert de titres ou d'instruments financiers, en particulier les opérations d'approvisionnement en argent ou en capital des pouvoirs adjudicateurs ou des entités adjudicatrices sous réserve des dispositions du 2° du présent article ;</p>	<p>applicables aux marchés de défense ou de sécurité qui présentent les caractéristiques suivantes :</p> <p>« 1° Marchés de services financiers à l'exception des services d'assurance ;</p>	<p>exclusion différente selon que le marché porte sur un objet ordinaire ou qu'il présente le caractère d'un marché de défense ou de sécurité. L'exclusion sera plus étroite dans le premier cas que dans le second.</p>

DIRECTIVE 2009/81 DU 13 JUILLET 2009 DEFENSE ET SECURITE	DROIT INTERNE EN VIGUEUR	NOUVELLES NORMES A ADOPTER EN VUE DE LA TRANSPOSITION	OBSERVATIONS
<p>Article 13</p> <p>(...)</p> <p>i) contrats d'emploi.</p>	<p>Article 7 de l'ordonnance du 6 juin 2005 :</p> <p>Les dispositions de la présente ordonnance ne sont pas applicables aux marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs définis à l'article 3 ou par les entités adjudicatrices définies à l'article 4 qui présentent les caractéristiques suivantes :</p> <p>(...)</p> <p>11° Marchés de services concernant les contrats de travail.</p>	<p>L'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics est modifiée ainsi qu'il suit:</p> <p>(...)</p> <p>4° L'article 7 est remplacé par les dispositions suivantes :</p> <p>(...)</p> <p>I.- Les dispositions de la présente ordonnance ne sont pas applicables aux marchés, quel que soit leur objet, qui présentent les caractéristiques suivantes :</p> <p>(...)</p> <p>« 6° Marchés de service concernant les contrats de travail.</p>	

DIRECTIVE 2009/81 DU 13 JUILLET 2009 DEFENSE ET SECURITE	DROIT INTERNE EN VIGUEUR	NOUVELLES NORMES A ADOPTER EN VUE DE LA TRANSPOSITION	OBSERVATIONS
<p>Article 13 :</p> <p>La présente directive ne s'applique pas aux cas suivants :</p> <p>(...)</p> <p>j) services de recherche et de développement autres que ceux dont les fruits appartiennent exclusivement au pouvoir adjudicateur ou à l'entité adjudicatrice pour son usage dans l'exercice de sa propre activité, pour autant que la prestation du service soit entièrement rémunérée par le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice.</p> <p>Article premier :</p> <p>(...)</p> <p>27) "recherche et développement": l'ensemble d'activités regroupant la recherche fondamentale, la recherche</p>	<p>Article 7 de l'ordonnance du 6 juin 2005 :</p> <p>Les dispositions de la présente ordonnance ne sont pas applicables aux marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs définis à l'article 3 ou par les entités adjudicatrices définies à l'article 4 qui présentent les caractéristiques suivantes :</p> <p>(...)</p> <p>4° Marchés de services de recherche et de développement entièrement financés par un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs, ou une ou plusieurs entités adjudicatrices, pour autant que ceux-ci n'acquière pas la propriété exclusive des résultats pour leur usage ;</p>	<p>L'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics est modifiée ainsi qu'il suit :</p> <p>(...)</p> <p>4° L'article 7 est remplacé par les dispositions suivantes :</p> <p>(...)</p> <p>« II.- Les dispositions de la présente ordonnance ne sont pas applicables aux marchés, autres que les marchés de défense ou de sécurité, qui présentent les caractéristiques suivantes :</p> <p>(...)</p> <p>« 2° Marchés de services de recherche et développement pour lesquels le pouvoir adjudicateur</p>	<p>2° du II</p> <p>Cette rédaction, qui fait l'objet d'un consensus avec les services de la Commission européenne, clarifie, sans modifier le fond du droit, l'exclusion relative à la recherche et développement.</p> <p>2° du III</p> <p>Il est admis que la recherche et développement, pour les marchés ordinaires, recouvre les phases successives de développement jusqu'aux prototypes.</p> <p>Contrairement aux directives 2004/17 et 2004/18, la directive 2009/81/CE précise la notion de recherche et développement et en restreint le champ en l'arrêtant à l'étape du démonstrateur technologique.</p> <p>Il est donc nécessaire de reprendre cette définition pour les seuls marchés de défense ou de sécurité. La rédaction combine</p>

DIRECTIVE 2009/81 DU 13 JUILLET 2009 DEFENSE ET SECURITE	DROIT INTERNE EN VIGUEUR	NOUVELLES NORMES A ADOPTER EN VUE DE LA TRANSPOSITION	OBSERVATIONS
<p>appliquée et le développement expérimental, ce dernier pouvant comprendre la réalisation de démonstrateurs technologiques, c'est-à-dire de dispositifs visant à démontrer les performances d'un nouveau concept ou d'une nouvelle technologie dans un environnement pertinent ou représentatif</p> <p>Considérant 13</p> <p>(...) Les termes "recherche et développement" ne comprennent pas la réalisation et la qualification des prototypes de pré-production, l'outillage et l'ingénierie industrielle, la conception industrielle ou la fabrication.</p>		<p>ou l'entité adjudicatrice n'acquiert pas la propriété exclusive des résultats et ou ne finance pas entièrement la prestation ;</p> <p>(...)</p> <p>« III.- Les dispositions de la présente ordonnance ne sont pas applicables aux marchés de défense ou de sécurité qui présentent les caractéristiques suivantes :</p> <p>(...)</p> <p>« 2° Marchés de services de recherche et développement pour lesquels le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice n'acquiert pas la propriété exclusive des résultats ou ne finance pas entièrement la prestation ;</p> <p>« La recherche et développement est définie comme l'ensemble des activités relevant de la recherche fondamentale, de la recherche appliquée et du développement</p>	<p>l'article 13j, la définition inscrite à l'article 1er et le considérant 13.</p>

DIRECTIVE 2009/81 DU 13 JUILLET 2009 DEFENSE ET SECURITE	DROIT INTERNE EN VIGUEUR	NOUVELLES NORMES A ADOPTER EN VUE DE LA TRANSPOSITION	OBSERVATIONS
		<p>expérimental, y compris la réalisation de démonstrateurs technologiques, et à l'exception de la réalisation et de la qualification de prototypes de pré-production, de l'outillage et de l'ingénierie industrielle, de la conception industrielle et de la fabrication ; les démonstrateurs technologiques sont les dispositifs visant à démontrer les performances d'un nouveau concept ou d'une nouvelle technologie dans un environnement pertinent ou représentatif ;</p>	
<p>La directive ne prévoit pas d'exclusion pour les marchés portant sur des armes, munitions, matériels de guerre lorsque la protection des intérêts essentiels de sécurité de l'Etat l'exige. Cette exclusion est prévue par l'article 346 du TFUE qui est d'effet direct en droit interne. Néanmoins, dans un souci de clarté au profit des</p>		<p>L'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics est modifiée ainsi qu'il suit: (...)</p>	<p>Reprise de l'exclusion générale mentionnée à l'article 346 TFUE relative à des mesures portant atteinte aux intérêts essentiels de sécurité de l'Etat.</p>

DIRECTIVE 2009/81 DU 13 JUILLET 2009 DEFENSE ET SECURITE	DROIT INTERNE EN VIGUEUR	NOUVELLES NORMES A ADOPTER EN VUE DE LA TRANSPOSITION	OBSERVATIONS
acheteurs, il est proposé de le prévoir expressément dans l'ordonnance.		<p>4° L'article 7 est remplacé par les dispositions suivantes :</p> <p>(...)</p> <p>« III.- Les dispositions de la présente ordonnance ne sont pas applicables aux marchés de défense ou de sécurité qui présentent les caractéristiques suivantes :</p> <p>(...)</p> <p>« 3° Marchés portant sur des armes, munitions ou matériel de guerre, lorsque, au sens de l'article 346 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, la protection des intérêts essentiels de sécurité de l'Etat l'exige ;</p> <p>(...)</p>	

DIRECTIVE 2009/81 DU 13 JUILLET 2009 DEFENSE ET SECURITE	DROIT INTERNE EN VIGUEUR	NOUVELLES NORMES A ADOPTER EN VUE DE LA TRANSPOSITION	OBSERVATIONS
Néant.	<p>Alinéa 7 de l'ordonnance du 6 juin 2005</p> <p>Les dispositions de la présente ordonnance ne sont pas applicables aux marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs définis à l'article 3 ou par les entités adjudicatrices définies à l'article 4 qui présentent les caractéristiques suivantes :</p> <p>(...)</p> <p>5° marchés qui exigent le secret ou dont l'exécution doit s'accompagner de mesures particulières de sécurité conformément aux dispositions législatives ou réglementaires en vigueur ou pour lesquels la protection des intérêts essentiels de l'Etat l'exige ; »</p>	<p>L'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics est modifiée ainsi qu'il suit:</p> <p>(...)</p> <p>4° L'article 7 est remplacé par les dispositions suivantes :</p> <p>(...)</p> <p>« II.- Les dispositions de la présente ordonnance ne sont pas applicables aux marchés, autres que les marchés de défense ou de sécurité, qui présentent les caractéristiques suivantes :</p> <p>(...)</p> <p>« 3° Marchés qui exigent le secret ou dont l'exécution doit s'accompagner de mesures particulières de sécurité conformément aux dispositions</p>	<p>Contrairement aux directives 2004/18/CE (article 14) et 2004/17/CE (article 21), la directive 2009/81/CE ne prévoit pas d'exclusion pour les marchés « qui exigent le secret ou dont l'exécution doit s'accompagner de mesures particulières de sécurité conformément aux dispositions législatives ou réglementaires en vigueur ou pour lesquels la protection des intérêts essentiels de l'Etat l'exige ».</p> <p>Il est ici nécessaire de préciser que l'exclusion prévue au 5° de l'article 7 (dans sa rédaction actuelle) de l'ordonnance ne peut être utilisée lors de la passation d'un marché de défense ou de sécurité.</p> <p>Il est à noter d'emblée que ces marchés pourront être dispensés du respect des procédures de publicité et de mise en concurrence dans un certain nombre de cas (cf. exclusions</p>

DIRECTIVE 2009/81 DU 13 JUILLET 2009 DEFENSE ET SECURITE	DROIT INTERNE EN VIGUEUR	NOUVELLES NORMES A ADOPTER EN VUE DE LA TRANSPPOSITION	OBSERVATIONS
<p>Article 21 :</p> <p>(...)</p> <p>5. Dans tous les cas, lorsqu'un État membre prévoit la possibilité, pour les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices, de rejeter les sous-traitants sélectionnés par le soumissionnaire au stade de la procédure d'attribution du marché principal ou par le soumissionnaire retenu lors de l'exécution du marché, ce rejet ne peut se fonder que sur les critères appliqués pour la sélection des soumissionnaires pour le marché principal. Si le pouvoir</p>	<p>Loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance</p> <p>Article 1er : « Au sens de la présente loi, la sous-traitance est l'opération par laquelle un entrepreneur confie par un sous-traité, et sous sa responsabilité, à une autre personne appelée sous-traitant l'exécution de tout ou partie de l'exécution du contrat d'entreprise ou d'une partie du marché public conclu avec le maître de l'ouvrage ».</p> <p>Le champ d'application de la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance ne concerne que les prestations</p>	<p>législatives ou réglementaires en vigueur ou pour lesquels la protection des intérêts essentiels de l'Etat l'exige ;</p>	<p>prévues aux 3°, 4° et 5° du III du nouvel article 7). Les acheteurs publics pourront également faire usage, si besoin est, des procédures propres aux marchés publics de défense ou de sécurité transposées pour l'Etat dans le code des marchés publics.</p>
<p>Article 21 :</p> <p>(...)</p> <p>5. Dans tous les cas, lorsqu'un État membre prévoit la possibilité, pour les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices, de rejeter les sous-traitants sélectionnés par le soumissionnaire au stade de la procédure d'attribution du marché principal ou par le soumissionnaire retenu lors de l'exécution du marché, ce rejet ne peut se fonder que sur les critères appliqués pour la sélection des soumissionnaires pour le marché principal. Si le pouvoir</p>	<p>Loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance</p> <p>Article 1er : « Au sens de la présente loi, la sous-traitance est l'opération par laquelle un entrepreneur confie par un sous-traité, et sous sa responsabilité, à une autre personne appelée sous-traitant l'exécution de tout ou partie de l'exécution du contrat d'entreprise ou d'une partie du marché public conclu avec le maître de l'ouvrage ».</p> <p>Le champ d'application de la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance ne concerne que les prestations</p>	<p>L'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics est modifiée ainsi qu'il suit :</p> <p>(...)</p> <p>6° Il est créé un article 37-1 rédigé ainsi qu'il suit :</p> <p>« I. Pour les marchés de défense ou de la sécurité, les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices peuvent ne pas accepter un opérateur économique proposé par le titulaire comme</p>	<p>Le 5 de l'article 21 de la directive 2009/81/CE prévoit, à titre d'option, la possibilité pour les PA de rejeter un sous-traitant qui aurait été présenté par le titulaire d'un marché. La sous-traitance, dans la directive 2009/81/CE, est définie de manière large. Ce sont tous les contrats passés par le titulaire avec des opérateurs économiques tiers pour la réalisation d'une partie du marché, y compris les contrats de fournitures.</p> <p>La loi du 31 décembre 1975 autorise déjà l'acheteur public à ne pas accepter le sous-traitant</p>

DIRECTIVE 2009/81 DU 13 JUILLET 2009 DEFENSE ET SECURITE	DROIT INTERNE EN VIGUEUR	NOUVELLES NORMES A ADOPTER EN VUE DE LA TRANSPOSITION	OBSERVATIONS
<p>adjudicateur ou l'entité adjudicatrice rejettent un sous-traitant, ils doivent fournir au soumissionnaire ou au soumissionnaire retenu une justification écrite indiquant les raisons pour lesquelles ils estiment que le sous-traitant ne remplit pas les critères.</p> <p>Article premier :</p> <p>(...)</p> <p>22) "contrat de sous-traitance": un contrat à titre onéreux conclu par écrit entre un adjudicataire d'un marché et un ou plusieurs opérateurs économiques tiers aux fins de la réalisation du marché en question et ayant pour objet des travaux, la fourniture de produits ou la prestation de services;</p>	<p>relatives à l'exécution d'une part du marché, à l'exclusion de simples fournitures à l'entrepreneur principal (CE, 7/2 SSR, 2007-09-26, 255993, B, Département du Gard et Société d'aménagement et d'équipement du Département du Gard).</p> <p>Article 3 : « L'entrepreneur qui entend exécuter un contrat ou un marché en recourant à un ou plusieurs sous-traitants doit, au moment de la conclusion et pendant toute la durée du contrat ou du marché, faire accepter chaque sous-traitant et agréer les conditions de paiement de chaque contrat de sous-traitance par le maître de l'ouvrage ; l'entrepreneur principal est tenu de communiquer le ou les contrats de sous-traitance au maître de l'ouvrage lorsque celui-ci en fait la demande. / Lorsque le sous-traitant n'aura pas été accepté ni les conditions de paiement agréées par le maître de l'ouvrage dans les conditions prévues à</p>	<p>sous-contractant, pour l'un des motifs prévus à l'article 8 ou au motif qu'il ne présente pas les garanties suffisantes telles que celles exigées pour les candidats du marché principal, notamment en termes de capacités techniques, professionnelles et financières ou de sécurité de l'information ou de sécurité des approvisionnements.</p> <p>Le sous-contractant est l'opérateur économique avec lequel le titulaire du marché conclut, aux fins de la réalisation de celui-ci, un contrat de sous-traitance au sens de la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance ou un contrat dépourvu des caractéristiques du contrat d'entreprise.</p> <p>« II. Un décret en Conseil d'Etat fixe les modalités d'application du présent article. »</p> <p>8° A l'article 38 :</p> <p>a) Le premier alinéa est précédé</p>	<p>que lui propose son cocontractant. Mais la sous-traitance est définie de manière plus étroite. Elle ne couvre que les contrats d'entreprises.</p> <p>Le nouvel article 37-1 complète donc sur ce point la loi sous-traitance pour les seuls marchés de défense ou de sécurité.</p> <p>Le décret en Conseil d'Etat auquel il est renvoyé précisera, conformément au 5 de l'article 21 de la directive, les critères sur lesquels l'acheteur public pourra se fonder pour rejeter le sous-traitant.</p> <p>Le nouvel article 38 ajouté à l'ordonnance de 2005 a pour objet de rendre applicables les dispositions des nouveaux articles</p>

DIRECTIVE 2009/81 DU 13 JUILLET 2009 DEFENSE ET SECURITE	DROIT INTERNE EN VIGUEUR	NOUVELLES NORMES A ADOPTER EN VUE DE LA TRANSPOSITION	OBSERVATIONS
<p>Article 39</p> <p>- Situation personnelle du candidat ou soumissionnaire</p> <p>1. Est exclu de la participation à un marché public tout candidat ou soumissionnaire ayant fait l'objet d'une condamnation prononcée par un jugement définitif, dont le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice ont connaissance, pour une ou plusieurs des raisons énumérées ci-dessous:</p>	<p>l'alinéa précédent, l'entrepreneur principal sera néanmoins tenu envers le sous-traitant mais ne pourra invoquer le contrat de sous-traitance à l'encontre du sous-traitant. »</p>	<p>d'un « I » ;</p> <p>b) Sont ajoutées les dispositions suivantes :</p> <p>« II. – Les dispositions des articles 37-1 et 37-2 sont applicables aux personnes soumises au code des marchés publics. »</p>	<p>37-1 et 37-2 de l'ordonnance aux personnes régies par le code des marchés publics qui sont différentes de celles régies par l'ordonnance. Le code des marchés publics précisera les modalités d'application de ces articles aux personnes qu'il régit.</p>
<p>Article 39</p> <p>- Situation personnelle du candidat ou soumissionnaire</p> <p>1. Est exclu de la participation à un marché public tout candidat ou soumissionnaire ayant fait l'objet d'une condamnation prononcée par un jugement définitif, dont le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice ont connaissance, pour une ou plusieurs des raisons énumérées ci-dessous:</p>	<p>Néant</p>	<p>Modification de l'article 8 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005</p> <p>A l'article 8 :</p> <p>a) le 1° est rédigé comme suit : « 1° Les personnes qui ont fait l'objet, depuis moins de cinq ans, d'une condamnation définitive pour l'une des infractions prévues par les articles 222-38, 222-40, 226-13, 313-1 à 313-3, 314-1 à 314-3, 324-1 à 324-6, 413-9 à</p>	<p>Cette interdiction de soumissionner n'existe pas dans la 2004/18/CE. En revanche, cette incrimination existe en droit interne dans le code pénal :</p> <p>- articles 421-1 et 421-2 s'agissant de « l'infraction terroriste ou infraction liée aux activités terroristes définies à l'article 1er et à l'article 3 de la décision-cadre 2002/475/JAI » ;</p> <p>- articles 421-2-1 s'agissant du «</p>

DIRECTIVE 2009/81 DU 13 JUILLET 2009 DEFENSE ET SECURITE	DROIT INTERNE EN VIGUEUR	NOUVELLES NORMES A ADOPTER EN VUE DE LA TRANSPOSITION	OBSERVATIONS
<p>(...)</p> <p>d) infraction terroriste ou infraction liée aux activités terroristes, telles que définies respectivement à l'article 1er et à l'article 3 de la décision-cadre 2002/475/JAI ou incitation, aide, complicité ou tentative de commettre de tels actes, telles que visées à l'article 4 de ladite décision-cadre;</p> <p>e) blanchiment de capitaux et financement du terrorisme tels que définis à l'article 1er de la directive 2005/60/CE.</p>		<p>413-12, 421-1 à 421-2-3, par le deuxième alinéa de l'article 421-5, par l'article 433-1, par le deuxième alinéa de l'article 433-2, par le huitième alinéa de l'article 434-9, par le deuxième alinéa de l'article 434-9-1, par les articles 435-3, 435-4, 435-9, 435-10, 441-1 à 441-7, par les premier et deuxième alinéas de l'article 441-8, par l'article 441-9, par les articles 445-1 et 450-1 du code pénal et par l'article 1741 du code général des impôts, par les articles L. 2339-2 à L. 2339-4, L. 2339-9, L. 2339-11-1 à L. 2339-11-3 du code de la défense ; »</p>	<p>financement du terrorisme tel que défini à l'article 1er de la directive 2005/60/CE ».</p> <p>- article 421-2-2 du code pénal s'agissant du « financement du terrorisme tel que défini à l'article 1er de la directive 2005/60/CE » ;</p> <p>- article 421-2-3 du code pénal s'agissant du « fait de ne pouvoir justifier de ressources correspondant à son train de vie, tout en étant en relations habituelles avec une ou plusieurs personnes se livrant à » une activité terroriste ;</p> <p>Il est par conséquent ajouté les articles 421-1 à 421-2-3 du code pénal dans la liste des interdictions de soumissionner figurant à l'article 8 de l'ordonnance de 2005.</p> <p>Il convient de préciser que les interdictions de soumissionner inhérentes à la participation ou au</p>

<p>DIRECTIVE 2009/81 DU 13 JUILLET 2009 DEFENSE ET SECURITE</p>		<p>DROIT INTERNE EN VIGUEUR</p>		<p>NOUVELLES NORMES A ADOPTER EN VUE DE LA TRANSPOSITION</p>		<p>OBSERVATIONS</p>	<p>financement d'activités à caractère terroriste, sont étendues à l'ensemble des marchés et ne se limitent pas au champ d'application de la directive 2009/81/CE. L'extension de ces interdictions à l'ensemble des marchés n'est pas explicitement prévue par les directives. Elle est toutefois opportune au regard de la lutte contre le terrorisme et de la sécurité des approvisionnements et des informations.</p>
---	--	-------------------------------------	--	--	--	---------------------	---

DIRECTIVE 2009/81 DU 13 JUILLET 2009 DEFENSE ET SECURITE	DROIT INTERNE EN VIGUEUR	NOUVELLES NORMES A ADOPTER EN VUE DE LA TRANSPOSITION	OBSERVATIONS
<p>Article 39</p> <p>(...)</p> <p>2. Peut être exclu de la participation à un marché, tout opérateur économique :</p> <p>(...)</p> <p>c) qui a fait l'objet d'un jugement ayant autorité de chose jugée selon les dispositions légales du pays et constatant un délit affectant sa moralité professionnelle, tel que, par exemple, la violation de la législation en matière d'exportation d'équipements de défense et/ou de sécurité ;</p>	<p>Néant</p>	<p>Modification de l'article 8 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005</p> <p>A l'article 8 :</p> <p>a) le 1° est rédigé comme suit : « 1° Les personnes qui ont fait l'objet, depuis moins de cinq ans, d'une condamnation définitive pour l'une des infractions prévues par les articles 222-38, 222-40, 226-13, 313-1 à 313-3, 314-1 à 314-3, 324-1 à 324-6, 413-9 à 413-12, 421-1 à 421-2-3, par le deuxième alinéa de l'article 421-5, par l'article 433-1, par le deuxième alinéa de l'article 433-2, par le huitième alinéa de l'article 434-9, par le deuxième alinéa de l'article 434-9-1, par les articles 435-3, 435-4, 435-9, 435-10, 441-1 à 441-7, par les premier et deuxième alinéas de l'article 441-8, par l'article 441-9, par les articles 445-1 et 450-1 du code pénal et par l'article 1741 du code général des impôts, par les articles</p>	<p>Cette interdiction de soumissionner existait déjà dans la 2004/18/CE. Toutefois, le délit lié à la moralité professionnelle, à rapprocher de celui de l'atteinte au secret professionnel, a sanctionné par l'article 226-13 du code pénal, n'était pas mentionné dans la liste des interdictions des soumissionner.</p> <p>Il est proposé de le prendre en compte en ajoutant l'article 226-13 du code pénal dans la liste des interdictions de soumissionner figurant à l'article 8 de l'ordonnance de 2005.</p> <p>Si cette interdiction de soumissionner existait déjà dans la 2004/18/CE., elle ne faisait en revanche l'objet d'aucune précision. La 2009/81 précise ce qui peut être un délit affectant la moralité professionnelle du candidat, à savoir : « la violation de la législation en matière d'exportation d'équipements de</p>

<p>DIRECTIVE 2009/81 DU 13 JUILLET 2009 DEFENSE ET SECURITE</p>	<p>DROIT INTERNE EN VIGUEUR</p>	<p>NOUVELLES NORMES A ADOPTER EN VUE DE LA TRANSPOSITION</p> <p>L. 2339-2 à L. 2339-4, L. 2339-9 et L. 2339-11-1 à L. 2339-11-3 du code de la défense ; »</p>	<p>OBSERVATIONS</p>
<p>défense et/ou de sécurité ; ».</p> <p>Il est proposé de prendre en compte la précision apportée par la directive 2009/81/CE en ajoutant à la liste des interdictions de soumissionner les incriminations prévues par les articles L. 2339-2 à L. 2339-4, L. 2339-9 et L. 2339-11-1 à L. 2339-11-3 du code de la défense (dans leur rédaction nouvelle issue du présent projet de loi), relatives notamment à la fabrication, au commerce et au transfert de matériels de guerre, armes, munitions.</p> <p>Il convient de préciser que les interdictions de soumissionner inhérentes à l'atteinte au secret professionnel et à la fabrication, au commerce et au transfert de matériels de guerre, armes, munitions, sont étendues à l'ensemble des marchés et ne se limitent pas au champ d'application de la directive 2009/81/CE. L'extension de ces</p>			

DIRECTIVE 2009/81 DU 13 JUILLET 2009 DEFENSE ET SECURITE		DROIT INTERNE EN VIGUEUR		NOUVELLES NORMES A ADOPTER EN VUE DE LA TRANSPOSITION		OBSERVATIONS	interdictions à l'ensemble des marchés n'est pas explicitement prévue par les directives. Elle est toutefois opportune au regard de la lutte contre le terrorisme et de la sécurité des approvisionnements et des informations.
--	--	-----------------------------	--	---	--	--------------	---

DIRECTIVE 2009/81 DU 13 JUILLET 2009 DEFENSE ET SECURITE	DROIT INTERNE EN VIGUEUR	NOUVELLES NORMES A ADOPTER EN VUE DE LA TRANSPOSITION	OBSERVATIONS
<p>Article 39.2</p> <p>(...)</p> <p>d) qui, en matière professionnelle, a commis une faute grave constatée par tout moyen dont les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices pourront justifier, telle que, par exemple, la violation de ses obligations en matière de sécurité de l'information ou de sécurité d'approvisionnement lors d'un marché précédent ;</p>	<p>Néant</p>	<p>Modification de l'article 8 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005</p> <p>A l'article 8 :</p> <p>a) le 1° est rédigé comme suit : « 1° Les personnes qui ont fait l'objet, depuis moins de cinq ans, d'une condamnation définitive pour l'une des infractions prévues par les articles 222-38, 222-40, 226-13, 313-1 à 313-3, 314-1 à 314-3, 324-1 à 324-6, 413-9 à 413-12, 421-1 à 421-2-3, , par le deuxième alinéa de l'article 421-5, par l'article 433-1, par le deuxième alinéa de l'article 433-2, par le huitième alinéa de l'article 434-9, par le deuxième alinéa de l'article 434-9-1, par les articles 435-3, 435-4, 435-9, 435-10, 441-1 à 441-7, par les premier et deuxième alinéas de l'article 441-8, par l'article 441-9, par les articles 445-1 et 450-1 du code pénal et par l'article 1741 du code général des impôts, par les articles</p>	<p>Cette interdiction de soumissionner existait déjà dans la 2004/18/CE.; elle faisait toutefois l'objet d'aucune précision. La 2009/81 précise en revanche ce qui pourrait être considéré comme une faute grave en matière professionnelle, à savoir : « la violation de ses obligations en matière de sécurité de l'information ou de sécurité d'approvisionnement lors d'un marché précédent ; ».</p> <p>Il est proposé de prendre en compte la précision apportée par la directive 2009/81/CE :</p> <ul style="list-style-type: none"> - en ajoutant à la liste des interdictions de soumissionner les incriminations prévues par les articles 413-9 à 413-12, sanctionnant les atteintes au secret de la défense nationale ; - en créant une nouvelle

<p>DIRECTIVE 2009/81 DU 13 JUILLET 2009 DEFENSE ET SECURITE</p>	<p>DROIT INTERNE EN VIGUEUR</p>	<p>NOUVELLES NORMES A ADOPTER EN VUE DE LA TRANSPOSITION</p> <p>L. 2339-2 à L. 2339-4, L. 2339-9 et L. 2339-11-1 à L. 2339-11-3 du code de la défense »</p> <p>b) Après le 4°, il est inséré les dispositions suivantes :</p> <p>« 5° Pour les marchés de défense ou de sécurité, les personnes qui ont été sanctionnées par la résiliation de leur marché ou qui, par une décision de justice, ont vu leur responsabilité civile engagée depuis moins de cinq ans, pour méconnaissance de leurs engagements en matière de sécurité d’approvisionnement ou en matière de sécurité de l’information, à moins qu’elles aient entièrement exécuté les décisions de justice éventuellement prononcées à leur encontre et qu’elles établissent, par tout moyen, que leur professionnalisme ne peut plus être remis en doute » ;</p>	<p>OBSERVATIONS</p> <p>interdiction de soumissionner, propre aux marchés de défense et de sécurité, et sanctionnant la violation des obligations en matière de sécurité de l’information ou de sécurité d’approvisionnement lors d’un marché précédent</p> <p>Il convient de préciser que les interdictions de soumissionner inhérentes aux atteintes au secret la défense nationale sont étendues à l’ensemble des marchés et ne se limitent pas au champ d’application de la directive 2009/81/CE. L’extension de ces interdictions à l’ensemble des marchés n’est pas explicitement prévue par les directives. Elle est toutefois opportune au regard de la lutte contre le terrorisme et de la sécurité des approvisionnements et des informations.</p>
---	-------------------------------------	--	---

DIRECTIVE 2009/81 DU 13 JUILLET 2009 DEFENSE ET SECURITE	DROIT INTERNE EN VIGUEUR	NOUVELLES NORMES A ADOPTER EN VUE DE LA TRANSPOSITION	OBSERVATIONS
<p>Article 39.2</p> <p>(...)</p> <p>e) au sujet duquel il est établi par tout moyen de preuve, le cas échéant par des sources de données protégées, qu'il ne possède pas la fiabilité nécessaire pour éviter des atteintes à la sécurité de l'État membre ;</p>	<p>Néant</p>	<p>A l'article 8 :</p> <p>(...)</p> <p>« 6° Pour les marchés défense ou de sécurité, les personnes au sujet desquelles il est établi, par tout moyen, et le cas échéant par des sources de données protégées, qu'elles ne possèdent pas la fiabilité nécessaire pour éviter des atteintes à la sécurité de l'Etat. ».</p> <p>(...)</p>	<p>Cette interdiction de soumissionner n'existait pas dans la 2004/18/CE. Il s'agit d'une interdiction de soumissionner propre aux marchés de défense ou de sécurité.</p> <p>De plus, aucun dispositif pénal ne sanctionne à ce jour un opérateur économique au sujet duquel il est établi par tout moyen de preuve, le cas échéant par des sources de données protégées, qu'il ne possède pas la fiabilité nécessaire pour éviter des atteintes à la sécurité de l'État membre</p> <p>Il est donc proposé de créer une nouvelle interdiction de soumissionner, qui s'ajoute à celles figurant à l'article 8 de l'ordonnance de 2005.</p>

DIRECTIVE 2009/81 DU 13 JUILLET 2009 DEFENSE ET SECURITE	DROIT INTERNE EN VIGUEUR	NOUVELLES NORMES A ADOPTER EN VUE DE LA TRANSPOSITION	OBSERVATIONS
<p>Article 56</p> <p>Exigences en matière de procédure de recours</p> <p>1. Les États membres veillent à ce que les mesures prises aux fins des procédures de recours visées à l'article 55 prévoient les pouvoirs permettant:</p> <p>a) soit de prendre, dans les délais les plus brefs et par voie de référé, des mesures provisoires ayant pour but de corriger la violation alléguée ou d'empêcher qu'il soit encore porté atteinte aux intérêts concernés, y compris des mesures destinées à suspendre ou à faire suspendre la procédure de passation de marché en cause ou l'exécution de toute décision prise par le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice, et d'annuler ou de faire annuler les décisions illégales, y compris de supprimer les spécifications techniques, économiques ou financières discriminatoires</p>	<p>Régime PA : article L.551-2 du CJA :</p> <p>Le juge peut ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations et suspendre l'exécution de toute décision qui se rapporte à la passation du contrat, sauf s'il estime, en considération de l'ensemble des intérêts susceptibles d'être lésés et notamment de l'intérêt public, que les conséquences négatives de ces mesures pourraient l'emporter sur leurs avantages.</p> <p>Il peut, en outre, annuler les décisions qui se rapportent à la passation du contrat et supprimer les clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat et qui méconnaissent lesdites obligations.</p>	<p>Modification de l'article L.551-2 du code de justice administrative</p> <p>Le code de justice administrative est modifié ainsi qu'il suit :</p> <p>1° A l'article L. 551-2 :</p> <p>a) Le premier alinéa est précédé d'un « I » ;</p> <p>b) Sont ajoutées les dispositions suivantes :</p> <p>« II. - Toutefois, les dispositions du I ne sont pas applicables aux contrats passés dans les domaines de la défense ou de la sécurité au sens du II de l'article 2 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés</p>	<p>S'agissant des exigences en matière de procédures de recours, jusqu'à présent, pour les pouvoirs adjudicateurs(PA), aucune option n'était possible pour les Etats membres : le juge avait de larges pouvoirs (article 2 de la directive 89/665/CEE modifiée).</p> <p>Pour les entités adjudicatrices (EA), en revanche, le système était plus souple puisque l'Etat membre pouvait décider de ne donner au juge que des pouvoirs d'astreinte par exemple et pas d'annulation. C'est ce régime, plus souple, qui est ici repris.</p> <p>L'article 56 de la directive 2009/81 reprend ici le régime prévu pour les EA et l'applique également aux PA.</p>

DIRECTIVE 2009/81 DU 13 JUILLET 2009 DEFENSE ET SECURITE	DROIT INTERNE EN VIGUEUR	NOUVELLES NORMES A ADOPTER EN VUE DE LA TRANSPOSITION	OBSERVATIONS
<p>figurant dans l'appel d'offres, le cahier des charges ou tout autre document se rapportant à la procédure de passation du marché en cause;</p> <p>b) soit de prendre, dans les délais les plus brefs, si possible par voie de référé et, si nécessaire, par une procédure définitive quant au fond, d'autres mesures que celles qui sont prévues au point a), ayant pour but de corriger la violation constatée et d'empêcher que des préjudices soient causés aux intérêts concernés; notamment d'émettre un ordre de paiement d'une somme déterminée dans le cas où l'infraction n'est pas corrigée ou évitée.</p> <p>Dans les deux cas susmentionnés, les pouvoirs prévus incluent celui d'accorder des dommages et intérêts aux personnes lésées par la violation.</p>	<p>Régime EA : article L.551-6 du CJA :</p> <p>Le juge peut ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations en lui fixant un délai à cette fin. Il peut lui enjoindre de suspendre l'exécution de toute décision se rapportant à la passation du contrat. Il peut, en outre, prononcer une astreinte provisoire courant à l'expiration des délais impartis.</p> <p>Le montant de l'astreinte provisoire est liquidé en tenant compte du comportement de celui à qui l'injonction a été adressée et des difficultés qu'il a rencontrées pour l'exécuter.</p> <p>Si, à la liquidation de l'astreinte provisoire, le manquement constaté n'a pas été corrigé, le juge peut prononcer une astreinte définitive. Dans ce cas, il statue</p>	<p>passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics.</p> <p>« Pour ces contrats, il est fait application des dispositions des articles L.551-6 et L.551-7. »</p>	<p>Il est proposé de reprendre, pour les PA, dans le cadre des marchés de défense ou de sécurité, ce qui est prévu aux articles L551-6 et L551-7 du CJA pour les EA.</p>

DIRECTIVE 2009/81 DU 13 JUILLET 2009 DEFENSE ET SECURITE	DROIT INTERNE EN VIGUEUR	NOUVELLES NORMES A ADOPTER EN VUE DE LA TRANSPOSITION	OBSERVATIONS
	<p>en la forme des référés</p> <p>L'astreinte, qu'elle soit provisoire ou définitive, est indépendante des dommages et intérêts.</p> <p>L'astreinte provisoire ou définitive est supprimée en tout ou partie s'il est établi que l'inexécution ou le retard dans l'exécution de l'injonction du juge provient, en tout ou partie, d'une cause étrangère.</p>		

DIRECTIVE 2009/81 DU 13 JUILLET 2009 DEFENSE ET SECURITE	DROIT INTERNE EN VIGUEUR	NOUVELLES NORMES A ADOPTER EN VUE DE LA TRANSPOSITION	OBSERVATIONS
<p>Article 60</p> <p>Absence d'effets</p> <p>(...)</p> <p>3. Les États membres peuvent prévoir que l'instance de recours indépendante du pouvoir adjudicateur ou de l'entité adjudicatrice a la faculté de ne pas considérer un marché comme étant dépourvu d'effets, même s'il a été passé illégalement pour des motifs visés au paragraphe 1, si elle constate, après avoir examiné tous les aspects pertinents, que des raisons impérieuses d'intérêt général, en tout premier lieu liées à des intérêts en matière de défense ou de sécurité imposent que les effets du marché soient maintenus.</p> <p>L'intérêt économique à ce que le marché produise ses effets ne peut être considéré comme une raison</p>	<p>Article L.551-19 du CJA</p> <p>Le juge peut ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations et suspendre l'exécution de toute décision qui se rapporte à la passation du contrat, sauf s'il estime, en considération de l'ensemble des intérêts susceptibles d'être lésés et notamment de l'intérêt public, que les conséquences négatives de ces mesures pourraient l'emporter sur leurs avantages.</p> <p>Il peut, en outre, annuler les décisions qui se rapportent à la passation du contrat et supprimer les clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat et qui méconnaissent lesdites obligations.</p>	<p>Modification de l'article L.551-2 du code de justice administrative</p> <p>Le code de justice administrative est modifié ainsi qu'il suit :</p> <p>Article 6</p> <p>(...)</p> <p>2° Le second alinéa de l'article L. 551-19 est remplacé par les dispositions suivantes :</p> <p>« Cette raison ne peut être constituée par la prise en compte d'un intérêt économique que si la nullité du contrat entraîne des conséquences disproportionnées et que l'intérêt économique atteint n'est pas directement lié au contrat, ou si le contrat porte sur une délégation de service public</p>	<p>L'article L.551-18 du CJA dispose que le juge prononce la nullité du contrat lorsque aucune des mesures de publicité requises pour sa passation n'a été prise, ou lorsque a été omise une publication au Journal officiel de l'Union européenne dans le cas où une telle publication est prescrite.</p> <p>La même annulation est prononcée lorsque ont été méconnues les modalités de remise en concurrence prévues pour la passation des contrats fondés sur un accord-cadre ou un système d'acquisition dynamique.</p> <p>Le juge prononce également la nullité du contrat lorsque celui-ci a été signé avant l'expiration du délai exigé après l'envoi de la décision d'attribution aux opérateurs économiques ayant présenté une candidature ou une offre ou pendant la suspension prévue à l'article L. 551-4 ou à l'article L. 551-9 si, en outre, deux</p>

DIRECTIVE 2009/81 DU 13 JUILLET 2009 DEFENSE ET SECURITE	DROIT INTERNE EN VIGUEUR	NOUVELLES NORMES A ADOPTER EN VUE DE LA TRANSPOSITION	OBSERVATIONS
<p>impérieuse d'intérêt général au sens du premier alinéa, que dans le cas où l'absence d'effets aurait des conséquences disproportionnées.</p> <p>Toutefois, l'intérêt économique directement lié au marché concerné ne constitue pas une raison impérieuse d'intérêt général au sens du premier alinéa.</p> <p>L'intérêt économique directement lié au marché comprend notamment les coûts découlant d'un retard dans l'exécution du contrat, du lancement d'une nouvelle procédure de passation de marché, du changement d'opérateur économique pour la réalisation du contrat et d'obligations légales résultant de l'absence d'effets.</p> <p>Dans tous les cas, un marché ne</p>		<p>ou encore si la nullité du contrat menace sérieusement l'existence même d'un programme de défense ou de sécurité plus large qui est essentiel pour les intérêts de sécurité de l'Etat » ;</p>	<p>conditions sont remplies : la méconnaissance de ces obligations a privé le demandeur de son droit d'exercer le recours prévu par les articles L. 551-1 et L. 551-5, et les obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles sa passation est soumise ont été méconnues d'une manière affectant les chances de l'auteur du recours d'obtenir le contrat.</p> <p>La directive prévoit que le juge ne peut pas prononcer la nullité du contrat si celle-ci se heurte à une raison impérieuse d'intérêt général ou menace sérieusement l'existence même d'un programme de défense ou de sécurité plus large qui est essentiel pour les intérêts de sécurité de l'Etat.</p>

DIRECTIVE 2009/81 DU 13 JUILLET 2009 DEFENSE ET SECURITE	DROIT INTERNE EN VIGUEUR	NOUVELLES NORMES A ADOPTER EN VUE DE LA TRANSPOSITION	OBSERVATIONS
<p>peut être considéré comme ne produisant pas d'effet si les conséquences de cette absence d'effets peuvent sérieusement menacer l'existence même d'un programme de défense et de sécurité plus large qui est essentiel pour les intérêts d'un État membre en matière de sécurité.</p> <p>Dans tous les cas énumérés ci-dessus, les États membres prévoient des sanctions au sens de l'article 61, paragraphe 2, qui s'appliquent à titre de substitution.</p>	néant		

Tableau 2 : tableau de concordance de transposition de la directive 2009/81/CE - dispositions législatives de cohérence, non directement liées à la transposition de la directive

DIRECTIVE 2009/81 DU 13 JUILLET 2009 DEFENSE ET SECURITE	DROIT INTERNE EN VIGUEUR	MESURES NATIONALES D'ADAPTATION	OBSERVATIONS
Néant	<p>Article 3 de l'ordonnance n° 2005-649</p> <p>I. - Les pouvoirs adjudicateurs soumis à la présente ordonnance sont :</p> <p>(...)</p> <p>II. - Les dispositions de la présente ordonnance ne font pas obstacle à la possibilité pour les pouvoirs adjudicateurs d'appliquer volontairement les règles prévues par le code des marchés publics.</p>	<p>L'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics est modifiée ainsi qu'il suit :</p> <p>(...)</p> <p>2° Au II de l'article 3, après les termes « les règles », sont insérés les termes « de passation ou d'exécution » ;</p> <p>3° A l'article 4 :</p> <p>a) le premier alinéa est précédé d'un « I » ;</p> <p>b) il est ajouté les dispositions suivantes :</p> <p>« II - Les dispositions de la présente ordonnance ne font pas obstacle à la possibilité pour les</p>	<p>Dans un souci de clarification au bénéfice des acheteurs, il est précisé, à l'occasion de la transposition de la directive, que les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices de l'ordonnance ont la possibilité de se soumettre aux dispositions du code des marchés publics soit pour la passation de leurs marchés, soit pour leur exécution, soit les deux.</p>

DIRECTIVE 2009/81 DU 13 JUILLET 2009 DEFENSE ET SECURITE	DROIT INTERNE EN VIGUEUR	MESURES D'ADAPTATION NATIONALES	OBSERVATIONS
Néant	Néant	entités adjudicatrices d'appliquer volontairement les règles de passation ou d'exécution prévues par le code des marchés publics ».	
Néant	Néant	L'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics est modifiée ainsi qu'il suit: (...) 7° Il est créé un article 37-2 rédigé ainsi qu'il suit : « I. - Un pouvoir adjudicateur ou une entité adjudicatrice peut autoriser des opérateurs économiques n'ayant pas la qualité de ressortissant de l'Union européenne ou de ressortissants de la Confédération suisse ou d'un État partie à l'Espace économique européen à participer à une	Le considérant 18 de la directive précise que les marchés de défense ou de sécurité entrant dans le champ d'application de la directive sont exemptés du champ d'application de l'AMP. Le même considérant indique que les Etats membres peuvent par conséquent décider si oui ou non leurs PA/EA peuvent autoriser des agents économiques de pays tiers à participer aux procédures de passation de ces marchés. Il est inséré une disposition permettant aux PA/EA, dans le cadre d'une procédure de passation d'un marché de défense ou de sécurité, de rejeter les opérateurs économiques n'ayant pas la qualité de ressortissant de

DIRECTIVE 2009/81 DU 13 JUILLET 2009 DEFENSE ET SECURITE	DROIT INTERNE EN VIGUEUR	MESURES NATIONALES D'ADAPTATION	OBSERVATIONS
Néant	<p>Ordonnance 2005 :</p> <p>Article 7 :</p> <p>Les dispositions de la présente ordonnance ne sont pas applicables aux marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs définis à l'article 3 ou par les entités adjudicatrices définies à l'article 4 qui présentent les caractéristiques suivantes :</p> <p>1° Marchés de services conclus avec un pouvoir adjudicateur ou une entité adjudicatrice soumis au code des marchés publics ou à la présente ordonnance, lorsque ce</p>	<p>procédure de passation de marchés de défense ou de sécurité.</p> <p>« II. - Un décret en Conseil d'Etat fixe les modalités d'application du présent article. »</p>	<p>l'Union européenne (I).</p> <p>Il est proposé de renvoyer à un décret en Conseil d'Etat les modalités d'application du présent article (II).</p>
	<p>Ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics est modifiée ainsi qu'il suit:</p> <p>(...)</p> <p>4° L'article 7 est remplacé par les dispositions suivantes :</p> <p>(...)</p> <p>I.- Les dispositions de la présente ordonnance ne sont pas applicables aux marchés, quel que</p>		<p>Mise en cohérence avec le changement de nom du Traité.</p>

DIRECTIVE 2009/81 DU 13 JUILLET 2009 DEFENSE ET SECURITE	DROIT INTERNE EN VIGUEUR	MESURES D'ADAPTATION NATIONALES	OBSERVATIONS
	<p>pouvoir adjudicateur ou cette entité adjudicatrice bénéficie, sur le fondement d'une disposition légalement prise, d'un droit exclusif, à condition que cette disposition soit compatible avec le traité instituant la Communauté européenne (...);</p>	<p>soit leur objet, qui présentent les caractéristiques suivantes :</p> <p>(...)</p> <p>« 1° Marchés de services conclus avec un pouvoir adjudicateur ou une entité adjudicatrice soumis au code des marchés publics ou à la présente ordonnance, lorsque ce pouvoir adjudicateur ou cette entité adjudicatrice bénéficie, sur le fondement d'une disposition légalement prise, d'un droit exclusif, à condition que cette disposition soit compatible avec le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ;</p>	